Die Haftung des Unternehmers für Sachmängel des Werkes in den Fällen des § 651 Abs. 1 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Richard Franke
Referendar am Kgl. Landgericht Chemnitz.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Meinen Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Abgrenzung und Einteilung der Aufgabe 3
§ 3. Voraussetzungen und Umfang der Gewährleistungspflicht 7

Erster Teil.

Die besonderen Rechtsbehelfe.

§ 4. A. Der Nachbesserungsanspruch und der Nachlieferungsanspruch . . . 13
§ 5. B. Wandlung und Minderung 19
§ 6. C. Schadensersatz wegen Nichterfüllung 24
§ 7. D. Nicht rechtzeitige Herstellung des Werkes 29

Zweiter Teil.

Die allgemeinen Rechtsbehelfe.

§ 8. A. Allgemeines 33
§ 9. B. Der Werklieferungsvertrag im besonderen 35
§ 10. C. Der Lieferungsvertrag im besonderen 36

Dritter Teil.

Gründe, welche die Geltendmachung von Ansprüchen trotz vorhandener Mängel ausschließen.

§ 11. A. Die Verjährung 39
§ 12. B. Verschiedene andere Gründe des Wegfalls der Haftung 45

Schlußwort 49

Literaturverzeichnis.

Brinkmann, Die Abnahmepflicht beim Kauf und Werkvertrag. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1906.

Buccerius, Garantie und Verjährungsfrist. In Gruchots Beiträgen Bd. 51 S. 740 ff.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. Freiburg 1897. (Zit.: Crome I.)

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen u. Leipzig 1902. (Zit.: Crome II.)

Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Dernburg, über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzungen. In der Deutschen Juristenzeitung Bd. 8 S. 1 ff.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 305—342.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1899.

Engeling, Worin unterscheidet sich nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Haftung des Verkäufers und des Unternehmers hinsichtlich der Fehler und Mängel der Kaufsache und des Werks? Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1902.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (Zit.: RGE.)

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 6. u. 7. Aufl. München 1906.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. 1. 8. u. 9. Aufl. Tübingen 1906.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. Bd. 1. 2. Aufl. Berlin 1903.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch. Mannheim 1898.

Henle, Grenzbestimmung zwischen Kauf und Werkvertrag. Berlin 1902.

Juristische Wochenschrift. (Zit.: JurW.)

Kipp, Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen. In der Deutschen Juristenzeitung Bd. 8 S. 253 ff.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1900.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1899.
Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.
Lehmann, Die Bedeutung der Ausdrücke „Abnahme" (Empfangnahme) nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Handelsgesetzbuche. In der Deutschen Juristenzeitung Bd. 7 S. 491 ff.
Levy, Die Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrag. Diss. Straßburg 1903.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2. (Zit.: Mot. II.)
Münkel, Das Rechtsverhältnis aus § 651 BGB. für das Deutsche Reich. Diss. Erlangen 1899.
Ochß, Begriff und rechtliche Natur der nach § 651 BGB. zu beurteilenden Vertragsverhältnisse. Diss. Leipzig 1903.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar. 2. Aufl. Berlin 1906.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl.
Protokolle zum Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 2. (Zit.: Prot. II.)
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. (Zit.: Rechtspr. d. OLG.)
Riezler, Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Jena 1900.
Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft 1: Fristbestimmung. Stuttgart 1901.
Schmitz, Von der Abnahmepflicht des Käufers und des Werkbestellers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Jenaer Diss. Borna-Leipzig 1906.
Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. In Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 1—42, 253—291.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1904.
Schollmeyer in Iherings Jahrbüchern Bd. 49 S. 93 ff.
Staub, Die positiven Vertragsverletzungen. Berlin 1904.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 8. Aufl. Berlin 1907.
Staub, Der 53. Bd. des Reichsgerichts in Zivilsachen. In der Deutschen Juristenzeitung Bd. 8 S. 253 ff.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. 2. 3. u. 4. Aufl. 1908.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem deutschen bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen. 1900—1908.
Wendt im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 92 S. 193 ff.
Wittich, Zum § 651 BGB. In Gruchots Beiträgen Bd. 49 S. 276 ff.

Die ohne nähere Bezeichnung angeführten Paragraphen beziehen sich auf das Bürgerliche Gesetzbuch.

§ 1.

Einleitung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Begriffe des Kaufs und des Werkvertrags ihrem Gegenstande nach scharf voneinander abgegrenzt:

Gegenstand des Kaufes ist hiernach eine Sache,[1]) die der Verkäufer dem Käufer gegen einen in Geld berechneten Preis zu Eigentum zu übertragen hat (§ 433). Gegenstand des Werkvertrages dagegen ist die Herstellung eines Werkes, worunter sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit (oder Dienstleistung) herbeizuführender Erfolg begriffen wird (§ 631).[2])

Diese Unterscheidung des „reinen Kaufs" und des „reinen Werkvertrags"[3]) wird aber in der Praxis des täglichen Lebens in überaus zahlreichen Fällen umgestoßen, indem die dem Kaufe eigentümliche Veräußerungspflicht und die dem Werkvertrage wesentliche Verpflichtung zur Herbeiführung eines Arbeitserfolges — von Henle kurz „Erarbeitung" genannt[4]) — in einem einheitlichen Vertragsschuldverhältnis zusammentreffen. Das ist der Fall, wenn der Werkunternehmer neben der Herstellung des Werkes auch die Beschaffung des zu dieser Herstellung erforderlichen Stoffes übernimmt. Die moderne Literatur bedient sich zur Bezeichnung dieses Schuldverhältnisses des von Fischer-Henle geprägten Ausdrucks „Werklieferungsvertrag". Zur Verdeutlichung des Ge-

[1]) Der Kauf eines Rechtes interessiert hier nicht, da er ein Gegenstück im Werkvertrag nicht hat, für die Vergleichung somit naturgemäß entfällt. Unter Kauf wird daher im folgenden immer nur der Sachkauf verstanden.

[2]) Wittich bei Gruchot Bd. 49 S. 278.

[3]) Henle S. 11.

[4]) Henle S. 7.

sagten sei das zwar etwas abgegriffene, aber jedenfalls instruktive „Schneiderbeispiel" angeführt:

a) Jemand erwirbt in einem Konfektionsgeschäft gegen Zahlung einen fertigen Anzug: Reiner Kauf.

b) Ein anderer läßt sich aus einer Tuchfabrik einen Stoff schicken und bringt ihn zum Herrenschneider, der ihm daraus nach Maß einen Mantel herstellen soll: Reiner Werkvertrag.

c) Ein Dritter wählt sich bei seinem Schneider aus dessen Stofflager etwas aus und gibt dem Schneider den Auftrag, ihm daraus ein Kleidungsstück nach Maß zu fertigen: Werklieferungsvertrag.

Wie bereits vorweggenommen, ist der Werklieferungsvertrag als ein einheitliches Vertragsschuldverhältnis aufzufassen und wird nach der herrschenden Lehre auch ganz allgemein so aufgefaßt.[1] Zur Rechtfertigung dieses Standpunktes weist Henle[2] zutreffend auf das einheitliche Bedürfnis hin, das den Besteller zur Eingehung des Vertrages in dem fraglichen Falle überhaupt veranlaßt, indem er hieraus ableitet, daß der Besteller im Zweifel, d. h. wenn ein entgegenstehender Vertragswille nicht erkennbar hervortritt, schon aus dem „Prinzipe der Wirtschaftlichkeit" das einheitliche Bedürfnis auch durch einen einheitlichen Kontrahierungsakt befriedigen wolle. An Stelle weiterer Ausführungen sei das bei Henle zitierte Beispiel von Münkel erwähnt:

> „Niemand, der sich beim Schuhmacher ein Paar Schuhe anmessen läßt, hat die Absicht, ein Stück Leder zu kaufen, dessen Größe er noch nicht einmal kennt, um es dann dem Schuhmacher zur Arbeit zu überlassen, sondern er will für sein Geldäquivalent das fertige Resultat eines Paares ihm passender Schuhe".

Für die rechtliche Behandlung der in dem einheitlichen Werklieferungsvertrage enthaltenen beiden Pflichten der Veräußerung und der Erarbeitung ist nun ein dreifacher Weg möglich: Sie unter die Kaufnormen zu stellen, sie unter die Werkvertragsnormen zu stellen oder für sie einen besonderen Normenkomplex aus Teilen

---

[1] Ebenso Prot. II S. 2266.

[2] Henle § 17.

des Kaufrechts und aus Teilen des Werkvertragsrechts zu bilden.[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den letztgenannten Weg gewählt. Es bestimmt in § 651 Abs. 1:

„Verpflichtet sich der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, so hat er dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Auf einen solchen Vertrag finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung; ist eine nicht vertretbare Sache herzustellen, so treten an die Stelle des § 433, des § 446 Abs. 1 Satz 1 und der §§ 447, 459, 460, 462—464, 477—479 die Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der §§ 647, 648".

Die vorliegende Arbeit bezweckt, diese Gesetzesbestimmung in ihrem praktisch wichtigsten Punkte, nämlich in der darnach den Unternehmer treffenden Gewährleistungspflicht für Mängel des hergestellten Werkes, einer eingehenden Betrachtung zu unterziehen. Im Anschluß hieran wird sich sodann Gelegenheit bieten, die vom Gesetzgeber getroffene Regelung der hier in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse einer kurzen zusammenfassenden Kritik zu unterwerfen.

§ 2.

Abgrenzung und Einteilung der Aufgabe.

1. Ausgeschlossen von unserer Darstellung bleibt der Fall des § 651 Abs. 2, in dem der Unternehmer sich nur zur Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen verpflichtet. Er unterliegt nach gesetzlicher Bestimmung ausschließlich den Vorschriften über den Werkvertrag und bietet deshalb für uns kein besonderes Interesse. Ebenso werden wir die Mängelhaftung für immaterielle Werke unberücksichtigt lassen, da bei ihnen die Stoffbeschaffung, die dem Werklieferungsvertrage gerade sein charakteristisches Gepräge gibt, hinter der Arbeitsleistung fast völlig zurücktritt, was zur Folge hat, daß eine große Anzahl von den für uns in Betracht kommenden Rechtssätzen bei immateriellen Werken überhaupt nicht anwendbar ist. — Wie schließlich schon in der Überschrift

[1]) Henle S. 46.

zum Ausdruck kommt, haben wir es nur mit Mängeln an der Sache, nicht mit Mängeln im Rechte zu tun. Beim Kaufe wird die Haftung für Rechtsmängel in den §§ 434—444 geregelt, während beim Werkvertrage darüber keinerlei positive Vorschrift gegeben ist. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob, wie Levy[1]) meint, die Natur des Werkvertrages die Haftung für Rechtsmängel überhaupt ausschließt. Unzweifelhaft ist jedenfalls, daß beim Werklieferungsvertrage die Möglichkeit des Vorhandenseins von Rechtsmängeln gegeben ist; das folgt ohne weiteres aus der dem Unternehmer hier obliegenden Veräußerungspflicht. Vielfach werden aber in solchen Fällen die Grundsätze über Spezifikation (§§ 946 ff.)[2]) und über den guten Glauben Remedur schaffen, während es dagegen bedenklich erscheint, die Vorschriften der §§ 434—444 hier entsprechend oder gar schlechthin zur Anwendung zu bringen.[3])

2. Was die Einteilung der Arbeit anlangt, so wird es nicht immer angängig sein, die vom Gesetze getroffene Unterscheidung zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen zugrunde zu legen. Wir werden zwar, soweit wir dies für nötig erachten, eine getrennte Behandlung in dieser Hinsicht eintreten lassen, vielfach wird uns aber der Stoff zu einheitlicher Darstellung zwingen.

Bei der tief einschneidenden Wirkung, welche, wie wir sehen werden, die gedachte Unterscheidung des Gesetzes zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen gerade für unser Thema mit sich bringt, empfiehlt es sich, dieselbe gleich an dieser Stelle klarzulegen:

Vertretbare Sachen sind nach § 91 bewegliche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Die Protokolle[4]) sagen nun: „Bei Herstellung vertretbarer Sachen, die viele Abnehmer hätten und deshalb leicht auf Vorrat hergestellt werden könnten, trete der Gesichtspunkt des Arbeitsverhält-

---

[1]) Levy S. 13; ebenso Planck Vorbem. 2 zu §§ 633—639. Einschränkend dagegen v. Staudinger Bem. I, 1 zu § 633; Oertmann Bem. 1 b α zu § 633.

[2]) Levy S. 67; nicht klar Emerich S. 9.

[3]) Levy S. 66 ff. hält sich nur ganz an der Oberfläche.

[4]) Prot. II S. 2264.

nisses zurück, denn im Leben werde ein Unterschied zwischen dem Falle, daß eine bereits vorhandene, und dem Falle, daß eine erst herzustellende vertretbare Sache zu liefern sei, nicht gemacht; jedenfalls komme der Unterschied, soweit er als vorhanden anzuerkennen sei, den Vertragschließenden in der Regel nicht zum Bewußtsein". Ist diesen Ausführungen prinzipiell zuzustimmen, so darf auf der anderen Seite nicht übersehen werden, daß sie zuweilen auch auf nicht vertretbare Sachen zutreffen können und umgekehrt nicht immer auf vertretbare Sachen anwendbar sind. Auch nicht vertretbare Sachen, wie z. B. Maschinen mannigfacher Art, Kutschwagen, Automobile, Klaviere, werden nicht selten auf Vorrat angefertigt, während anderseits vertretbare Sachen, wie Wäsche, Ansichtskarten eines bestimmten Gebäudes, Kleidungsstücke aller Art, in zahlreichen Fällen nach einem bestimmten Muster für einen bestimmten Zweck hergestellt werden und deswegen wesentlich auf die Person des Bestellers berechnet sind.[1])

Darf sonach der von den Protokollen ins Auge gefaßte wirtschaftliche Gesichtspunkt für die Unterscheidung, ob ein Werklieferungsvertrag vorwiegend nach den Grundsätzen des Kaufs oder nach denen des Werkvertrags zu behandeln sei, als durchaus gerechtfertigt bezeichnet werden, so ist es um so mehr zu bedauern, daß dieser Gesichtspunkt im Gesetze nicht scharf zum Ausdruck gekommen, vielmehr dadurch erheblich verwischt worden ist, daß der Gesetzgeber einfach die Unterscheidung zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen getroffen hat, die zwar für viele, aber, wie gezeigt, doch bei weitem nicht für alle Fälle zutrifft. Die Folge hiervon ist gewesen, daß in der Literatur wie in der Praxis der Begriff der Vertretbarkeit in geradezu unglaublicher Weise verwirrt und den Bestimmungen in § 651 vielfach Zwang angetan worden ist.

Besonders treffend hat Henle[2]) den in den Protokollen angedeuteten richtigen Gedanken zum Ausdruck gebracht. Er bezeichnet mit Recht als das wesentliche Kriterium dafür, ob ein Werklieferungsvertrag vornehmlich den Kaufnormen oder den

---

[1]) Dies erkennen auch die Prot. S. 2262 an.

[2]) Henle S. 60 ff.

Werkvertragsnormen zu unterstellen ist, die Tatsache, ob zwischen dem Vertragsschlusse und der zu leistenden Arbeit eine Beziehung besteht. Dies ist in allen Fällen zu verneinen, in denen es sich um Sachen handelt, die auf Vorrat hergestellt zu werden pflegen. Hier „gerät der Vertragsschluß gewissermaßen nur zufällig in den Produktionsprozeß hinein"; die Produktion des betreffenden Artikels würde auch dann fortgesetzt werden, wenn der Unternehmer durch den Vertragsschluß dem einzelnen Besteller gegenüber zur Arbeitsleistung nicht verpflichtet würde. Anders dagegen in den anderen Fällen: Hier ist die durch den Vertrag übernommene Verpflichtung das allein treibende Moment für die Arbeitsleistung. — Da indessen das Gesetz die unzulängliche Unterscheidung einmal getroffen hat, so muß sie auch Geltung haben. Etwaige Unzuträglichkeiten, die sich daraus ergeben, lassen sich, da § 651 dispositiver Natur ist, durch Parteivereinbarung beseitigen. Durchaus inkorrekt ist es aber wiederum, wenn die Protokolle und mit ihnen zahlreiche Schriftsteller sagen, es sei den Parteien unbenommen, „eine vertretbare Sache als nicht vertretbare zu behandeln und dadurch den Vertrag unter die Vorschriften des Werkvertrags zu stellen".[1]) Vertretbarkeit ist eine Eigenschaft, die einer Sache anhaftet; sie läßt sich nicht durch Vereinbarung aus der Welt schaffen. Wohl aber können die Parteien die vom Gesetz an einen bestimmten Tatbestand geknüpften Wirkungen, dafern nur dieses Gesetz nicht zwingender Natur ist, ihren Absichten entsprechend modifizieren.

Im Anschluß an Emerich[2]) werden wir in der Folge den Ausdruck „Werklieferungsvertrag" nur für die Fälle anwenden, in denen eine nicht vertretbare Sache herzustellen ist, dagegen bei der Lieferung einer vertretbaren Sache uns schlechthin des Ausdrucks „Lieferungsvertrag" bedienen.

---

[1]) Prot. II S. 2264/65; Riezler S. 69; Crome I S. 277 Anm. 10; Hachenburg S. 67/68; Dertmann Bem. 4 zu § 651; v. Staudinger Bem. IVb zu § 651; Ochß S. 61/62.

[2]) Emerich S. 20.

§ 3.

Voraussetzungen und Umfang der Gewährleistungspflicht.

I. Das Gesetz versteht unter Sachmängeln

1. das Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften;

2. das Vorhandensein positiver Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern.

Die Terminologie des Gesetzes ist hier für den Werklieferungsvertrag und den Lieferungsvertrag die gleiche; für jenen ist der § 633 Abs. 1, für diesen der § 459 maßgebend.

Zu 1. a) Was unter Zusicherung zu verstehen ist, darüber herrscht Streit. Im römischen Rechte haftete der Verkäufer nicht nur für promissa, sondern auch für dicta, d. h. für bloß angegebene, beim Vertragsabschlusse nur erwähnte Eigenschaften. Der Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuchs läßt diese weitgehende Auslegung nicht zu, vielmehr wird man „Zusicherung" als Garantieversprechen anzusehen haben, das über eine bloße Erwähnung (dictum) hinausgeht.[1]) Riezler[2]) erklärt den Unterschied zwischen dicta und promissa für den Werkvertrag als bedeutungslos, weil es sich bei diesem immer um eine erst zukünftige Sache handle, bezüglich deren eben wegen dieser Besonderheit alle Angaben notwendig als „Versprechungen" (= Zusicherungen) aufgefaßt werden müßten. Für unsere Fälle trifft dies indessen nur hinsichtlich der zu leistenden Arbeit zu, während der vom Unternehmer zu dem Werke zu verwendende Stoff beim Vertragsabschlusse häufig schon vorliegt und deshalb Angaben über die Qualität dieses Stoffes in ihrer Bedeutung einer verschiedenen Auslegung nach den oben bezeichneten beiden Richtungen fähig sind. — Unbestritten ist, daß allgemeine vage Anpreisungen, wie sie im heutigen Verkehrsleben so häufig vorkommen, als Zusicherungen nicht anzusehen sind.

---

[1]) vgl. Mot. II S. 225; s. ferner v. Staudinger Bem. IV zu § 459; Oertmann Bem. 5 zu § 459; Planck Bem. 2a zu § 459. A. M. Engeling S. 15 im Anschluß an Crome I S. 288, der die Unterscheidung zwischen bloß zugesagten und garantierten Eigenschaften im BGB. als aufgehoben bezeichnet, „weil sie im heutigen praktischen Leben nicht mehr durchführbar sei".

[2]) Riezler S. 104 unten.

Gerade dieser Umstand legt aber für jeden einzelnen Fall die Prüfung der Frage nahe, ob nach der Absicht der Parteien eine Erklärung des hier in Rede stehenden Inhalts Vertragsbestandteil werden sollte oder nicht, wobei insbesondere auch dem Standpunkte des Bestellers Rechnung zu tragen sein wird. Die Zusicherung hat also insoweit Vertragscharakter, bedeutet nicht bloß eine einseitige Garantieübernahme.[1]) Aus diesem Grunde wird man auch fordern müssen, daß das Garantieversprechen ausdrücklich, nicht etwa nur stillschweigend abgegeben wird, während allerdings die Annahme des Versprechens seitens des Bestellers in vielen Fällen einer ausdrücklichen Erklärung nicht bedarf, sondern aus den Umständen wird entnommen werden können.[2])

Als ein besonderer Fall der Zusicherung ist beim Werklieferungsvertrage, seltener wohl beim Lieferungsvertrage, die Erklärung des Unternehmers zu erwähnen, daß er das Werk selbst herstellen werde. Eine Verpflichtung zu solch persönlicher Herstellung oder auch nur zu persönlicher Leitung ist im Gesetze nicht ausgesprochen und läßt sich auch aus dem Wesen des Vertrages nicht herleiten.[3]) Vielfach, insbesondere bei künstlerischen Leistungen, wird freilich die Natur des Werkes erfordern, daß der Unternehmer in Person erfülle.

b) Der vom Gesetze weiterhin verwendete Begriff der „Eigenschaft" hat in der neueren Literatur und ganz besonders in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes eine eminent weite Auslegung erfahren. Hiernach sind darunter nicht nur physische Merkmale des Werkes, sondern auch alle sonstigen Verhältnisse zu verstehen, die „nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf seine Wertschätzung auszuüben pflegen" und somit geeignet sind, auf die Entschließung des Bestellers zum Abschlusse des Geschäftes mitbestimmend einzuwirken.[4]) Wir machen diese Auffassung auch zu

[1]) RG. Bd. 54 S. 223; auch OLG. Frankfurt in Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 S. 2. Zustimmend v. Staudinger und Planck zu § 459; mit Vorbehalt Oertmann zu § 459.

[2]) So auch v. Staudinger a. a. O.; Emerich S. 61; Levy S. 15. Zum Teil abweichend Oertmann a. a. O.

[3]) Riezler S. 33, 106 ff.; Crome I S. 292.

[4]) vgl. hierzu insbesondere v. Staudinger (im Gegensatz zur 1. Aufl.) und Oertmann a. a. O. und die bei beiden zitierten zahlreichen Entscheidungen.

der unserigen, müssen aber gleichzeitig davor warnen, über das Ziel hinauszuschießen und sich von dem eigentlichen Wortsinn allzuweit zu entfernen. Überaus lehrreich ist hierfür die bei Gruchot[1]) abgedruckte Reichsgerichtsentscheidung, die die Frage behandelt, inwieweit die Rentabilität eines erst herzustellenden Werkes (elektrische Anlagen) als zugesicherte Eigenschaft gelten kann, und treffend ausführt, daß es sich bei einem solchen Werke immer nur um die Zusicherung von Eigenschaften handeln kann, die dem Werke bei der Herstellung und durch sie verliehen werden, nicht aber um solche, die erst durch den Betrieb und im Laufe des Betriebs, also vom Besteller selbst, für das Werk erworben werden müssen. Der Unternehmer kann also in einem solchen Falle nur dafür aufkommen, daß die Anlage die ausgemachte Leistungsfähigkeit besitze, nicht aber für den Absatz ihrer Produkte an die Kundschaft.[2])

Zu 2. Positive Fehler sollen nach dem Gesetze eine Haftung dann begründen, wenn sie den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern. Über die Bedeutung der hier gebrauchten Ausdrücke herrscht im wesentlichen Übereinstimmung.

Hiernach ist Wert der objektive Verkehrswert. Gewöhnlicher Gebrauch bedeutet denjenigen Gebrauch, der nach den durchschnittlichen Lebensverhältnissen, die im konkreten Falle in Betracht kommen, mit einer Sache gerade dieser Art gemeinhin gemacht zu werden pflegt.[3]) Der nach dem Vertrage vorausgesetze Gebrauch ist demzufolge ein von dem gewöhnlichen abweichender. Diese Abweichung kann eine Erhöhung, aber auch eine Herabsetzung des gewöhnlichen Gebrauchs bedeuten; jedenfalls aber muß sie, wie das Gesetz klar sagt, vertragsmäßig sein, d. h. auf Willensübereinstimmung beider Teile beruhen;[4]) einseitige Erwartungen des Bestellers sind daher ohne Belang.

---

[1]) Gruchots Beitr. Bd. 51 S. 942.

[2]) Gut Emerich S. 64 oben.

[3]) vgl. v. Staudinger u. Oertmann zu §§ 459, 633; Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 S. 1.

[4]) Crome I S. 283ff., insbes. S. 286/87.

II. Die Haftung tritt beim Lieferungsvertrage mit dem Zeitpunkte des Gefahrüberganges ein (§ 459 Abs. 1), und zwar auch hinsichtlich zugesicherter Eigenschaften, da hier an die Stelle des Abs. 2 des § 459 die für Gattungskäufe getroffenene besondere Bestimmung des § 480 Abs. 2 tritt. Eine entsprechende positive Vorschrift ist für den Werklieferungsvertrag nicht vorhanden. Aus dem Wortlaute des § 633 läßt sich aber entnehmen, daß die Fertigstellung des Werkes für den Eintritt der Haftung maßgebend sein soll. Da aber mit der vertragsmäßigen Fertigstellung die Abnahmepflicht des Bestellers begründet wird (§ 640 Abs. 1) und nach dieser wiederum sich der Gefahrübergang regelt (§ 644), so sind im Ergebnis die Rechtsverhältnisse in dem fraglichen Punkte hier die gleichen wie beim Lieferungsvertrage, d. h. auch hier ist der Eintritt der Haftung an den Zeitpunkt des Gefahrübergangs geknüpft.

III. Grundsätzlich tritt die Haftung ohne Rücksicht darauf ein, ob die Mängel offene oder verborgene sind. Der zunächst auf den Kauf zugeschnittene § 460 befreit aber den Verkäufer von der Gewährleistungspflicht dann, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt, und stellt der Kenntnis die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleich mit der Maßgabe, daß der Verkäufer in diesem Falle nur dann haftet, wenn er die Abwesenheit des Fehlers zugesichert oder den Fehler arglistig verschwiegen hat. Diese Vorschrift hat auch für den Lieferungsvertrag Geltung; doch kommt ihr hier Bedeutung nur insoweit zu, als es sich um Mängel des zu dem Werke zu verwendenden Stoffes handelt, der möglicherweise bei dem Vertragsabschlusse schon vorliegt, während das Werk selbst zu dieser Zeit ja noch nicht existiert. Kennt also der Besteller bei dem Vertragsabschlusse bereits vorhandene Fehler des Stoffes, von denen er sich sagen muß, daß sie auch an dem fertigen Werke sich wiederfinden werden, so kann er daraus keine Rechte herleiten. Ganz ebenso liegt aber die Sache auch beim Werklieferungsvertrage. Die für ihn maßgebenden Werkvertragsvorschriften enthalten indessen — was beim Werkvertrage ja natürlich ist — keine dem § 460 entsprechende Bestimmung, und anderseits ist dieser Paragraph für den Werklieferungsvertrag in § 651

ausdrücklich mit ausgeschlossen. Wir werden gleichwohl nicht umhin können, den § 460 in dem für den Lieferungsvertrag bezeichneten Umfange mit Emerich[1]) auch für den Werklieferungsvertrag für analog anwendbar zu erklären, müssen allerdings dann in der Ausschließung des § 651 einen Redaktionsfehler anerkennen. Die von Ochß[2]) gegen Emerich gerichteten Ausführungen können nicht befriedigen. Wenn er sagt, das Werk habe dem Besteller gegenüber, wenn dieser es nach Besichtigung des mangelhaft gefundenen Stoffes trotzdem anfertigen lasse, „rechtlich als nicht mangelhaft" zu gelten, so liegt darin implizite die Anerkennung eben der Ansicht, die er bekämpfen wollte. Wenn er aber weiterhin darauf verweist, daß ja der Besteller die Möglichkeit habe, auf vertragsmäßige Lieferung des Stoffes zu klagen oder auch den Vertrag zu kündigen, so trifft er damit beide Male nicht die Sache; denn in beiden Fällen handelt es sich um Maßnahmen des Bestellers, die vor der Vollendung des Werkes vorzunehmen sind, während hier die Frage die ist, was für Rechte der Besteller aus der ihm beim Vertragsabschlusse bekannten Mangelhaftigkeit des Stoffes nach der Vollendung des Werkes herleiten kann. Der Klage auf „vertragsmäßige" Stofflieferung wird übrigens der Unternehmer im vorliegenden Falle mit Recht die Einwendung entgegensetzen können, daß ja gerade der mangelhafte Stoff, wie er dem Besteller zur Zeit der Bestellung vorlag, vertragsmäßig sei.

IV. Von einem Verschulden ist die Gewährleistungspflicht prinzipiell nicht abhängig; die Existenz des Mangels macht den Unternehmer ohne weiteres haftpflichtig. Die Haftung ist aber beschränkt oder erweitert, je nachdem ein Verschulden in Betracht kommt oder nicht (vgl. unten § 6).

V. Es erübrigt noch, ein kurzes Wort über den regelmäßigen Umfang der Haftung zu sagen.

Entsprechend dem römischen Grundsatze „minima non curat praetor" spricht das Bürgerliche Gesetzbuch den Unternehmer beim Lieferungsvertrage von jeder Haftung frei, wenn ein vorhandener positiver Fehler (vgl. oben I, 2) den Wert oder die Tauglichkeit

[1]) Emerich S 64; ebenso Engeling S. 22.
[2]) Ochß S. 57/58.

der Sache nur unerheblich mindert (§ 459 Abs. 1 Satz 2). Beim Werklieferungsvertrage ist für den gleichen Fall nur die Wandlung ausgeschlossen (§ 634 Abs. 3). Der Beweis der Unerheblichkeit, wenn erfordert, liegt dem Unternehmer ob. Für die Beurteilung der Erheblichkeit oder Unerheblichkeit der Minderung sind die Verhältnisse des konkreten Vertrages zu berücksichtigen, wobei als Maßstab der Gesamtwert der Sache in mangelfreiem Zustande gelten muß.[1]) Zu betonen ist aber, daß Unerheblichkeit des Fehlers nicht identisch ist mit Unerheblichkeit der durch diesen Fehler verursachten Minderung, und daß insbesondere letztere nicht notwendig schon deshalb als unerheblich zu bezeichnen ist, weil der Fehler sich mit geringen Kosten beseitigen läßt.[2])

Wie schon erwähnt, gilt die eben besprochene Einschränkung der Haftung nur für positive Fehler, nicht auch für zugesicherte Eigenschaften. Der § 459 läßt dies in seiner Fassung deutlich erkennen, während § 634 Abs. 3 allerdings zu Zweifeln Anlaß geben kann. Doch wird man bei der Gleichheit der Sachlage auch hier unter „Mangel" nur einen positiven Fehler zu verstehen haben.[3])

VI. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat, wie auch schon die früheren Gesetzgebungen, insbesondere das römische Recht, für die unseren Fällen zugrunde liegenden Vertragsverhältnisse des Kaufes und des Werkvertrages die aus den allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Rechtsbehelfe wegen Mängel der gelieferten Sache nicht für ausreichend erachtet und deshalb in dieser Beziehung besondere Vorschriften erlassen, durch welche die allgemeinen Grundsätze ganz erheblich zurückgedrängt sind. Die besonderen Rechtsbehelfe nehmen infolgedessen unser vorwiegendes Interesse in Anspruch, und wir behandeln sie deshalb in unserer Darstellung zuerst. Wie weit neben ihnen die allgemeinen Grundsätze noch Geltung haben und eventuell, welche Bedeutung diesen zukommt, werden wir in dem zweiten Teile zu untersuchen haben.

---

[1]) So auch Oertmann Bem. 4 b γ zu § 459; Planck Bem. 1 b zu § 459; a. M. v. Staudinger Bem. III, 1 c zu § 459 und OLG. Dresden in Seufferts Arch. Bd. 57 S. 392.

[2]) Interessant RG. in JurW. 1905 S. 339: Hausschwamm bedeutet, auch wenn nur in geringem Grade vorhanden, immer eine erhebliche Wertminderung wegen der dem Hause anhaftenden Schwammverdächtigkeit.

[3]) So auch die Kommentare. Vgl. ferner RG. Bd. 66 S. 167.

Erster Teil.

Die besonderen Rechtsbehelfe.

§ 4.

A. Der Nachbesserungsanspruch und der Nachlieferungsanspruch.

I. Der Abs. 1 des § 633 enthält in seinem Kernpunkte eine Vorschrift, die streng genommen sich schon aus § 631 Abs. 1 ergibt. Es liegt im Wesen des Werklieferungsvertrages, daß der Unternehmer nicht allein zur Herstellung des versprochenen Werkes schlechthin, sondern auch zur mangelfreien Herstellung verpflichtet ist.[1] Hieraus folgt, daß die Lieferung eines mangelhaften Werkes nichts anders bedeutet als die (teilweise) Nichterfüllung des Vertrages.[2] In richtiger Erkenntnis dieser Tatsache hat denn auch das Bürgerliche Gesetzbuch dem Besteller als prinzipalen und zunächst ausschließlichen Anspruch bei Mangelhaftigkeit des Werkes den aus den Vorschriften über Nichterfüllung von Verbindlichkeiten zwar ohnehin sich ergebenden, dort aber an die Voraussetzung eines Verschuldens oder des Verzugs geknüpften Anspruch auf Beseitigung des Mangels gewährt und diesen Anspruch weiterhin in den §§ 633, 634 „von einem Standpunkte praktischer Zweckmäßigkeit aus“ [3] näher geregelt. Daß dem Besteller weitergehende Rechte zunächst nicht verliehen sind, hat seinen guten Grund darin, daß man die Leistung des Unternehmers nicht dadurch, daß man ihm die Gelegenheit zur Nachbesserung entzieht, ver-

---

[1] Henle S. 15: „Daß in dem Anspruch des Bestellers auf Herstellung des Werkes der auf mangelfreie Bestellung ... enthalten ist, ist ein einfachst zu begründendes analytisches Urteil“.

[2] Riezler S. 110; Emerich S. 71 oben.

[3] Riezler S. 111.

loren gehen lassen will. Diese Rücksicht, die den Gesetzgeber bei der Regelung des Werkvertrages geleitet hat, hat beim Werklieferungsvertrage noch insofern eine erhöhte Berechtigung, als bei ihm außer der geleisteten Arbeit auch der Wert des aufgewendeten Stoffes auf dem Spiele steht.[1])

Im einzelnen ist folgendes hervorzuheben:

1. Das Recht des Bestellers auf Mängelbeseitigung ist ein Klagrecht, gerichtet auf Erfüllung des Vertrags. Wie schon angedeutet, ist die Zulässigkeit der Klage von einem Verzuge des Unternehmers nicht abhängig;[2]) der Besteller braucht also zuvor auch keine Frist zur Beseitigung des Mangels zu setzen. Nach rechtskräftiger Verurteilung des Unternehmers kann der Besteller gemäß § 283 verfahren, d. h. er kann zur Beseitigung des Mangels dem Unternehmer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Beseitigung nach dem Ablaufe der Frist ablehne, und nach erfolgtem Ablaufe Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, soweit nicht der Mangel rechtzeitig beseitigt ist. Wenn § 283 weiter sagt, die Verpflichtung zum Schadensersatze trete nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat, so bedeutet dies für unseren Fall nicht, daß der Besteller nun das mangelhafte Werk schlechtweg hinnehmen müßte, vielmehr bleiben ihm auch dann noch die weiteren Rechte aus § 634. Übrigens verliert die Frage dadurch wesentlich an praktischer Bedeutung, daß der Schuldner bei Verzug, der ja hier regelmäßig vorliegen wird, gemäß § 287 auch für die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich ist, wenn anders der Schaden nicht auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde.

Der Besteller wird gut tun, dafern er den oben bezeichneten Weg überhaupt einschlägt, die Frist zur Beseitigung des Mangels gemäß § 255 ZPO. schon im Urteil bestimmen zu lassen.[3]) In der Regel wird es sich aber empfehlen, wenn der Besteller den Klagweg zunächst überhaupt nicht beschreitet, sondern dem Unter-

---

[1]) Engeling S. 56.
[2]) Crome I S. 131.
[3]) vgl. hierzu Levy S. 20.

nehmer sofort eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels mit der Erklärung bestimmt, daß er die Beseitigung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Verstreicht die Frist dann fruchtlos, so wird die Verweigerung der Mängelbeseitigung seitens des Unternehmers vom Gesetze präjudiziert; der Nachbesserungsanspruch geht endgültig unter, und der Besteller hat die in den §§ 634, 635 bezeichneten weiteren Ansprüche, von denen unten (§§ 5 f.) zu handeln ist (§ 634 Abs. 1).

Die Angemessenheit der Frist ist nach den Umständen und dem konkreten Vertragszweck zu beurteilen; es ist dabei den berechtigten Interessen beider Teile gleichmäßig Rechnung zu tragen.

Lebhafter Streit herrscht über die Frage, welche rechtliche Wirkung die Stellung einer nicht angemessenen, d. h. zu kurzen Frist habe.

Die einen sagen, indem sie sich streng formalistisch an den Wortlaut des Gesetzes halten, die Bestimmung einer zu kurzen Frist sei rechtlich überhaupt unwirksam.[1]) Die anderen erklären die Bestimmung insoweit für rechtserheblich, als nunmehr die Leistung zwar nicht innerhalb der bestimmten zu kurzen Frist, aber doch innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen müsse; die wirklich angemessene Frist werde also jedenfalls durch die Bestimmung der nicht angemessenen in Lauf gesetzt.[2]) Wir schließen uns dieser zweiten, jetzt herrschenden Ansicht an, indem wir davon ausgehen, daß der Absicht des Gesetzes genügt wird, wenn der Besteller seinen ernsten Willen, dem Unternehmer Gelegenheit zur Nachbesserung zu gewähren, zum Ausdruck bringt. Einen weiteren Schutz fordert das Interesse des Unternehmers nicht. Den Ausführungen Levys,[3]) daß das Recht auf Fristsetzung dem Besteller einen Vorteil gewähre, der zum Korrelat einen Nachteil für den Gegner habe, und daß dieser Vorteil bezw. Nachteil billigerweise nur dann eintreten dürfe, wenn der „Bevorzugte“ genau

---

[1]) So Planck Bem. 2b zu § 250; Crome II S. 68; Levy S. 21; Engeling S. 46; früher auch Oertmann.

[2]) So jetzt Oertmann Bem. zu § 250; ferner v. Staudinger Bem. 4 zu § 250; Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 92 S. 193; RGE. Bd. 56 S. 231 ff.; Staub Anm. 89 im Exkurs zu § 374 HGB.

[3]) Levy a. a. O.

und vollständig das getan habe, was das Gesetz verlange, ist entgegenzuhalten, daß die Fristsetzung möglicherweise auch dem Besteller einen Nachteil bringt, nämlich den Verlust des Anspruchs auf die Mängelbeseitigung — an der er vielleicht ein großes Interesse hat — bei fruchtlosem Ablaufe der Frist, während anderseits aus dem Rechte des Unternehmers auf Fristsetzung für ihn der Vorteil entspringt, daß er dem Besteller, der ohne weiteres die Rechte aus den §§ 634, 635 geltend machen will, die Einwendung der unterlassenen Fristsetzung entgegenhalten kann. — Eine Verpflichtung des Unternehmers, den Besteller auf die etwaige Unangemessenheit der bestimmten Frist alsbald hinzuweisen, kann nicht anerkannt werden.[1]) Ein solcher Hinweis dürfte aber vielfach im eigenen Interesse des Unternehmers liegen, insofern dadurch die Rechtslage von vornherein geklärt wird. —

Prinzipiell kann die Bestimmung der Frist erst nach der Ablieferung des Werkes erfolgen. Zeigt sich jedoch schon vor der Ablieferung ein Mangel, so kann der Besteller die Frist sofort bestimmen; sie muß aber dann so bemessen werden, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft (§ 634 Abs. 1 Satz 2). „Ablieferung" bedeutet hier nur den tatsächlichen Vorgang der Gewahrsamsübertragung im Gegensatze zu dem weitertragenden Begriff der „Abnahme" in § 640[2]) (vgl. unten S. 40).

2. Ein besonderer Anspruch erwächst dem Besteller nach § 633 Abs. 3, wenn der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels in Verzug kommt. Alsdann kann der Besteller den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen; bei der Beseitigung darf er sich auch fremder Hilfe bedienen. Dieser Ersatzanspruch entspringt unmittelbar aus dem Vertragsverhältnis und ist mit dem Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff.) nicht zu verwechseln, insbesondere nicht an die für diesen geltenden Voraussetzungen gebunden. Daß indessen der Besteller, wenn er den Mangel selbst beseitigt, noch ehe der

[1]) So auch Planck a. a. O.; jetzt auch Staub Anm. 90 im Exkurs zu § 374 HGB.; a. M. Staub (6. u. 7. Aufl.) Exkurs zu § 374 HGB. Anm. 79 und ihm folgend Oertmann Bem. 3c zu § 250 a. E.

[2]) v. Staudinger Bem. 1, 1b zu § 634.

Verzug eingetreten ist, nach den Grundsätzen über auftragslose Geschäftsführung Ersatz verlangen kann, dürfte nicht zweifelhaft sein.[1])

3. Nach § 633 Abs. 2 Satz 2 ist der Unternehmer berechtigt, die Beseitigung des Mangels zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Einfach und klar bezeichnet Engeling[2]) diese Voraussetzung dann als vorliegend, „wenn der Nutzen, den die Beseitigung des Mangels bringt, in auffallendem Mißverhältnis zu den Kosten steht, die dem Unternehmer dadurch erwachsen". Nicht also bildet den Vergleichungspunkt für die Unverhältnismäßigkeit, wie Crome[3]) behauptet, „der Wert oder die Bedeutung des ganzen Werkes".[4]) Die Berechtigung, die Nachbesserung zu verweigern, überhebt indessen den Unternehmer nicht jeglicher Haftung; vielmehr hat der Besteller diesfalls die ihm in §§ 634, 635 weiter verliehenen Ansprüche.[5]) Naturgemäß fällt aber der Ersatzanspruch aus § 633 Abs. 3 hier weg, weil die für ihn erforderte Voraussetzung des Verzugs mangels einer Verpflichtung zur Nachbesserung nicht eintreten kann.

4. Dem eben besprochenen Verweigerungsrechte auf seiten des Unternehmers korrespondiert auf seiten des Bestellers das Recht, die Nachbesserung sofort abzulehnen, ohne daß es einer vorherigen Fristsetzung bedürfte, in folgenden Fällen:

a) wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist;

b) wenn sie vom Unternehmer verweigert wird;

c) wenn die sofortige Geltendmachung der in den §§ 634, 635 bezeichneten weiteren Ansprüche durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird (§ 634 Abs. 2).

---

[1]) s. Näheres bei Riezler S. 113/14; ebenso Oertmann Bem. 2d zu § 633; v. Staudinger Bem. III, 2c zu § 633; Planck Bem. 3 zu § 633; Engeling S. 44.

[2]) Engeling S. 44.

[3]) Crome II § 265 Anm. 44.

[4]) Wie hier Oertmann Bem. 2a zu § 633; v. Staudinger Bem. III, 2bβ zu § 633; Riezler S. 113; RGE. Bd. 66 S. 167. Zweifelhaft Planck Bem. 2b zu § 633.

[5]) So auch Romeick, Fristbestimmung S. 98ff.; Oertmann Bem. 3b zu § 634; v. Staudinger Bem. III, 2b zu § 633, der jedoch in Bem. I, 1cβ zu § 634 Romeick und Oertmann fälschlich zu den Gegnern zählt; ferner RGE. Bd. 64 S. 294; a. M. Planck Bem. 1a zu § 634.

Zu a. Es muß objektive Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1) vorliegen, bloß subjektives Unvermögen des Unternehmers genügt nicht.[1])

Zu b. Aus welchem Grunde die Weigerung geschieht, ist gleichgültig; es ist daher auch der oben behandelte Fall des § 633 Abs. 2, in dem der Unternehmer zu der Weigerung befugt ist, hierher zu zählen. Eine Fristsetzung würde in diesem Falle eine „völlig überflüssige Formalität" sein.[2]) Als wirksam wird die Weigerung erst anzusehen sein, wenn sie dem Besteller gegenüber vom Unternehmer erklärt ist, nicht schon, wenn der Besteller durch Dritte davon Kenntnis erhält.[3])

Zu c. Ein „besonderes Interesse" des Bestellers, die Nachbesserung sofort abzulehnen, ist verschiedenfach denkbar, z. B. das Werk wird zu einer bestimmten Gelegenheit gebraucht oder die Verhältnisse des betreffenden Wirtschaftsgebietes haben sich inzwischen wesentlich verändert. Streitig ist, ob dem Besteller die Pflicht obliegt, gleich bei der Ablieferung des Werkes oder doch spätestens in dem Zeitpunkte, wo das besondere Interesse hervortritt, die Ablehnung der Nachbesserung zu erklären. Wir werden diese Frage mit Oertmann[4]) dahin zu beantworten haben, daß der Besteller zwar auch noch nach der Bestimmung einer Frist die Mängelbeseitigung ablehnen kann, wenn das besondere Interesse dazu erst nachträglich hervortritt, hingegen an eine Frist, die er trotz des bereits vorhandenen Interesses einmal bestimmt hat, gebunden ist; denn im letzteren Falle ist in der Bestimmung der Frist ein Verzicht auf das Recht zur sofortigen Geltendmachung weiterer Ansprüche zu erblicken. Anderseits ist jedoch zuzugeben, daß der Besteller die ihm zustehenden weiteren Befugnisse aus den §§ 634, 635 nicht schon bei dem Hervortreten des besonderen Interesses geltend zu machen braucht, sondern dies auch später noch tun kann. Das ist aber eine ganz andere Frage.

---

[1]) A. M. Kisch S. 196; wie hier Mot. II S. 479 und die Komm.

[2]) RG. Bd. 64 S. 294.

[3]) Planck Bem. 2 zu § 634; Oertmann Bem. 3b zu § 634; Engeling S. 46; a. M. Riezler S. 115.

[4]) Oertmann a. a. O.; a. M. RGE. Bd. 52 S. 314ff. und v. Staudinger Bem. I, 1 cγ zu § 634 aus sehr formalen Gründen.

II. Wie wir gesehen haben, entspringt der Nachbesserungsanspruch aus dem Werklieferungsvertrage selbst; er bezweckt dessen Erfüllung. Begrifflich wäre nun die Möglichkeit einer Nachbesserung auch für den Lieferungsvertrag sehr wohl gegeben; denn auch dieser enthält in sich die — wenn auch gegenüber der Veräußerungspflicht zurücktretende — Verpflichtung zur Arbeitsleistung. Es bedeutet einen logischen Fehler, den Lieferungsvertrag deshalb, weil er grundsätzlich vom Gesetze den Kaufregeln unterstellt worden ist, schlechthin als Kauf zu bezeichnen.[1]) Der Wesensunterschied beider Verträge wird besonders deutlich, wenn man berücksichtigt, daß in den Kauf etwas ihm durchaus Fremdes hineingetragen wird, wenn man bei ihm das Arbeitsmoment anbringt,[2]) was vom Lieferungsvertrage mit nichten behauptet werden kann. Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch gleichwohl, indem es schlechthin die Kaufregeln für anwendbar erklärt, den Nachbesserungsanspruch beim Lieferungsvertrage ausgeschlossen hat, so sind dafür Zweckmäßigkeitsgründe maßgebend gewesen: Bei der mangelnden Beziehung zwischen Vertragsschluß und Arbeit fällt das beim Werklieferungsvertrage bestimmende Moment, daß die Arbeitsleistung, die der Unternehmer eigens im Interesse des Bestellers aufgewendet hat, nicht verloren gehen solle, für den Lieferungsvertrag weg. Dem Unternehmer ist es hier meist ein Leichtes, die mangelhafte Sache anderweit zu verwenden; eine Nachbesserung würde seinen Interessen oft gar nicht entsprechen. Anderseits ist dem Besteller weit besser gedient, wenn er, wie das hier, wo es sich meist um Gattungssachen handelt, in aller Regel der Fall sein wird, statt des Anspruchs auf Nachbesserung gemäß § 480 Abs. 1 den auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache erhält.

§ 5.

B. Wandlung und Minderung.

Wie im vorhergehenden schon mehrfach erwähnt, sind die Ansprüche des Bestellers auf Rückgängigmachung des Vertrages

[1]) So Riezler S. 65: „In diesem Falle ist der Vertrag ein reiner Kauf".

[2]) Henle S. 16; vgl. ferner Riezler S. 54; ohne scharfe Unterscheidung Emerich S. 70.

(Wandlung) und Herabsetzung der Vergütung (Minderung) beim Werklieferungsvertrage subsidiär; sie können erst dann geltend gemacht werden, wenn der Mangel nicht rechtzeitig, d. h. innerhalb der dazu gesetzten angemessenen Frist, beseitigt worden ist (§ 634 Abs. 1 Satz 3), wobei jedoch von den bereits oben (§ 4 unter 3 u. 4) bezeichneten Ausnahmefällen abzusehen ist. Hierin liegt eine beachtliche Verschiedenheit gegenüber dem Lieferungsvertrage, bei welchem Wandlung und Minderung primäre Ansprüche sind und insbesondere auch vor dem Anspruch auf Nachlieferung geltend gemacht werden können.

Im übrigen weisen Wandlung und Minderung beim Werklieferungs- und beim Lieferungsvertrage deshalb keine nennenswerten Unterschiede auf, weil der nach § 651 für den Werklieferungsvertrag maßgebende Abs. 4 des § 634 die in dieser Beziehung für den Lieferungsvertrag geltenden Vorschriften des Kaufes allenthalben für entsprechend anwendbar erklärt. Gleichwohl seien der Vollständigkeit halber die hauptsächlichsten Punkte kurz hervorgehoben.

1a. Nach § 465 ist die Wandlung oder die Minderung vollzogen, wenn sich der Unternehmer auf Verlangen des Bestellers mit ihr einverstanden erklärt. Die berühmte Streitfrage über die rechtliche Konstruktion dieser Ansprüche näher zu erörtern, ist hier nicht der Platz. Es sei nur festgestellt, daß wir die Vertragstheorie, die auch heute noch bei weitem herrschend ist,[1]) aus den bei v. Staudinger[2]) angeführten Gründen ablehnen und demzufolge in der Bestimmung des § 465 lediglich eine von den allgemeinen Grundsätzen der Alternativobligation abweichende Regelung des Zeitpunktes erblicken, in welchem das dem Besteller zwischen der Wandlung und Minderung zustehende Wahlrecht erlischt. Daraus folgt, daß der Unternehmer sein Einverständnis zu dem von dem Besteller an ihn gerichteten Verlangen nicht nur nach Maßgabe des § 147, sondern so lange erklären kann, als nicht der Besteller sein Verlangen zurückgenommen hat.

---

[1]) vgl. insbesondere Planck Bem. 3a zu § 462 und Oertmann Bem. 1 zu § 465 sowie die bei beiden aufgeführte reiche Literatur.

[2]) v. Staudinger Bem. IV zu § 462.

b) Um den Unternehmer vor unbilligen Spekulationen zu schützen, die der Besteller durch Verzögerung bei Ausübung seines Wahlrechtes vornehmen könnte, gibt der § 466 dem Unternehmer das Recht, den Besteller, der einen Mangel behauptet, unter dem Erbieten zur Wandlung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber aufzufordern, ob er Wandlung verlange. Die Wandlung kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe der Frist verlangt werden, der Minderungsanspruch bleibt jedoch auch weiterhin bestehen.

c) Gemäß § 475 wird durch die wegen eines Mangels erfolgte Minderung das Recht des Bestellers, wegen eines anderen Mangels Wandlung oder von neuem Minderung — oder beim Lieferungsvertrage Nachlieferung (§ 480 Abs. 1 Satz 2) — zu verlangen, nicht ausgeschlossen. Gleichgültig ist dabei, ob der Besteller den späteren Mangel bei der ersten Minderung bereits gekannt hat oder nicht. In prozessualer Hinsicht kann es zweifelhaft sein, ob in einem über einen Minderungsanspruch anhängigen Rechtsstreite wegen eines weiteren Mangels Wandlung oder Minderung verlangt werden kann, ohne daß darin eine Klagänderung zu erblicken wäre. Es kann indessen nicht gesagt werden, die ursprüngliche Minderungsklage stütze sich allgemein auf die Mangelhaftigkeit des Werkes und die Geltendmachung eines weiteren Mangels sei deshalb als eine bloße Klagerweiterung anzusehen. Vielmehr gehört zur schlüssigen Klagbegründung eine genaue Substantiierung des behaupteten Mangels; die Geltendmachung eines weiteren Mangels bedeutet daher die Einführung eines neuen Klaggrundes in den Prozeß, also eine Klagänderung.[1])

2. Auf die Wandlung finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (§ 467), und zwar bestimmen sich die Voraussetzungen nach den §§ 350—353, 356, die Wirkungen nach den §§ 346—348, 354.[2]) Die Anwendung dieser Vorschriften auf unsere Fälle bietet keine

---

[1]) Ebenso Planck Bem. 2 zu § 475; v. Staudinger Bem. 5 zu § 475; Gaupp-Stein § 268 I A, 2; Levy S. 30.

[2]) vgl. hierzu des näheren Levy S. 31 ff. u. 36 ff.

nennenswerten Schwierigkeiten. Es sei deshalb nur auf folgende Punkte hingewiesen:

a) Das Wandlungsrecht ist nach § 356 aktiv und passiv unteilbar; hieraus zieht das Gesetz in § 474 Abs. 2 die wichtige Folge, daß mit der Vollziehung der von einem der mehreren Besteller verlangten Minderung die Wandlung für alle ausgeschlossen ist.

b) Die praktische Durchführung der Wandlung, die beim Werkvertrag zuweilen schwierig ist, gestaltet sich in unseren Fällen deshalb einfach, weil hier der Unternehmer seinen eigenen Stoff verarbeitet. Er behält also einfach das gesamte Werk bezw. erhält es zurück. Ausdrücklich bestimmt § 467 Satz 2, daß der Unternehmer dem Besteller auch die Vertragskosten zu ersetzen hat.

c) Kommt der Besteller mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes oder eines erheblichen Teiles des Gegenstandes in Verzug, so kann ihm der Unternehmer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Die Wandlung wird unwirksam, wenn nicht die Rückgewähr vor dem Ablaufe der Frist erfolgt (§ 354). Da mit der Vollziehung der Wandlung das Wahlrecht des Bestellers untergeht, so kann in diesem Falle auch der Minderungsanspruch nicht wiederaufleben.[1])

Daß der Unternehmer seinerseits in gleicher Weise wie der Besteller auf Rückgewähr klagen kann, ist jetzt gegenüber der Ansicht Schollmeyers,[2]) wonach er nur die Frist aus § 354 stellen dürfe, allgemein anerkennt.

Den Gerichtsstand der Wandlungsklage bestimmt die in Streit befangene Rückerstattungspflicht des jeweiligen Beklagten.[3])

d) Schließlich seien noch zwei Spezialbestimmungen erwähnt:

α) Die Wandlung wegen eines Mangels der Hauptsache erstreckt sich auf die Nebensache. Ist die Nebensache mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandlung verlangt werden (§ 470).

[1]) So auch Crome II § 222 Anm. 76; v. Staudinger Bem. VIII zu § 467; Oertmann Bem. 1i zu § 467; Levy S. 49; a. A. Planck Bem. 2g zu § 467 vom Standpunkte der Vertragstheorie aus.

[2]) Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 17.

[3]) Gaupp-Stein § 29 unter III; vgl. aber auch Oertmann Bem. 4 zu § 467 und Bem. 1bβ zu § 269.

β) Sind von mehreren gelieferten Sachen nur einzelne mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandlung verlangt werden, auch wenn eine Gesamtvergütung für alle Sachen festgesetzt ist. Sind jedoch die Sachen als zusammengehörend geliefert, so kann jeder Teil verlangen, daß die Wandlung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden können (§ 469). Für die Berechnung des Betrages, um welchen in diesem Falle die Gesamtvergütung herabzusetzen ist, gibt § 471 den näheren Aufschluß.[1])

3. Hinsichtlich der Minderung ist noch die sehr bestrittene Frage zu prüfen, welcher Zeitpunkt für die Schätzung des Minderwertes in unseren Fällen maßgebend ist. Die einen legen in reiner Anwendung des § 472 den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zugrunde,[2]) indem sie dem Kaufe analog argumentieren, der Besteller würde, wenn er gewußt hätte, daß er ein mangelhaftes Werk erhalten würde, die Vergütung für das Werk in dem Verhältnisse geringer bemessen haben, in welchem der Wert eines mangelfreien Werkes der fraglichen Art zur Zeit des Vertragsabschlusses geringer gewesen ist, als der Wert des mangelfreien Werkes. Dieser Gedankengang ist nur möglich, wenn man den fundamentalen Unterschied leugnet, der zwischen der Haftungspflicht des Verkäufers und der des Unternehmers besteht. Wir werden diesen Unterschied weiter unten (§ 8) noch eingehender zu behandeln haben. An dieser Stelle genügt es, festzustellen, daß der Käufer die Sache so, wie sie beim Vertragsabschlusse existiert, kaufen will und darnach den Kaufpreis bemißt. Hier entspricht deshalb die Regelung des § 472 durchaus der Sachlage. Der Besteller aber — und das muß auch vom Lieferungsvertrage gelten — will in jedem Falle ein tadelloses Werk haben; darauf hat er aus dem Vertrage Anspruch. Mit Recht sagt demzufolge Crome[3]): „Wie soll man eine Sache auf einen Zeitpunkt schätzen, da sie noch gar nicht existierte, mit Mängeln, die sie noch gar nicht hatte!“ Als maßgebend wird man daher vielmehr den

[1]) vgl. hierzu unten sub 3.

[2]) So Levy S. 44; Riezler S. 119; Kisch S. 173; Planck Bem. 4 zu § 634.

[3]) Crome II § 265 Anm. 58.

Zeitpunkt der Fertigstellung des Werkes anzusehen haben.[1]) Die Frage kehrt in dem obenerwähnten Falle des § 471 wieder und ist da in dem gleichen Sinne zu entscheiden.

§ 6.

C. Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Die bisher besprochenen Rechtsbehelfe des Bestellers sind von einem Verschulden des Unternehmers, wie bereits beiläufig erwähnt, nicht abhängig. Liegt aber ein solches Verschulden des Unternehmers vor, so gewährt das Gesetz dem Besteller einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, dessen Voraussetzungen im einzelnen jedoch beim Werklieferungsvertrage von denen beim Lieferungsvertrage abweichen. Für jenen ist der § 635, für diesen der § 480 Abs. 2 maßgebend.

1. Die Vertretungspflicht des Unternehmers im Sinne des § 635 kann nach den Motiven[2])

a) in einem Verschulden oder

b) in einem Garantieversprechen ihren Grund haben.

Zu a. Der Unternehmer haftet beim Werklieferungsvertrage also für jedes Verschulden; hierin liegt gegenüber dem Lieferungsvertrage, bei dem der Unternehmer nur für das arglistige Verschweigen eines Fehlers einzustehen hat, eine Haftungserweiterung, die im Ergebnis dahin führt, daß der Werklieferant auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung durchaus nach den allgemeinen Grundsätzen haftet.[3]) Er hat infolgedessen bei einem Verschulden selbst für unerhebliche Mängel einzustehen,[4]) woraus rückwärts zu schließen ist, daß dann auch der Wandlungsanspruch zulässig ist.[5])

Von Bedeutung wird hier weiterhin die Frage, die beim Lieferungsvertrage naturgemäß entfällt, ob und inwieweit der Unternehmer, der von der Befugnis Gebrauch macht, bei der Her-

---

[1]) So auch Oertmann Bem. 4 zu § 634; v. Staudinger Bem. II, 3a zu § 634 für den Werkvertrag.

[2]) Mot. II S. 481.

[3]) Mot. II a. a. O.

[4]) Mot. II a. a. O.

[5]) v. Staudinger Bem. 3 zu § 635.

stellung des Werkes Gehilfen zuzuziehen oder die Ausführung überhaupt einem Stellvertreter zu übertragen, für das Verschulden dieser Personen haftet. Hinsichtlich der Gehilfen ergibt sich die glatte Antwort aus § 278, d. h. der Unternehmer hat deren Verschulden in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes. Dasselbe wird ebenda auch für gesetzliche Vertreter ausgesprochen. Hinsichtlich eines vom Unternehmer gewählten Ersatzmannes herrscht jedoch Streit. Crome[1]) behauptet, der Unternehmer habe in diesem Falle seinen eigenen Vertragsverpflichtungen schon dann Genüge geleistet, also erfüllt, wenn er den Ersatzmann bestellt habe; allerdings habe er bei dieser Bestellung die nach dem Vertrage erforderliche Sorgfalt zu beobachten, wozu insbesondere die Auswahl einer geeigneten Person, unter Umständen auch die Erteilung der nötigen Instruktion für die Weiterführung des Werkes oder gar eine gewisse Oberaufsicht gehöre. Immer aber halte sich seine Haftung in den Grenzen der Verantwortlichkeit für eigenes Verschulden.

Crome verkennt hier vollständig das Wesen des Werklieferungsvertrages, das in der Herbeiführung eines Arbeitserfolges gipfelt, für dessen Gelingen der Unternehmer dem Besteller einzustehen hat. Gerade diese Verantwortung würde ja der Unternehmer, wenn man der Ansicht Cromes folgte, völlig von sich auf den Ersatzmann abwälzen können, damit aber aus dem Vertrage als Werklieferungsvertrag völlig ausscheiden und, wie Riezler[2]) zutreffend bemerkt, dem Besteller gegenüber allenfalls nur noch die Rolle eines Mäklers einnehmen.

Wir stellen sonach fest, daß der Werklieferant das Verschulden jedes Gehilfen und jedes Stellvertreters wie eigenes zu vertreten hat.[3])

Zu b: Muß der Unternehmer die Nachteile auf sich nehmen, die ihm daraus erwachsen, daß er Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach den allgemeinen Grundsätzen zu leisten hat, so kann er billigerweise auch die aus dieser Tatsache zu seinen Gunsten

---

[1]) Crome I S. 294 ff.
[2]) Riezler S. 109 mit guter Begründung.
[3]) So auch die Kommentare.

sich ergebenden Vorteile beanspruchen. Zu seiner Vertretungspflicht genügt es daher nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht, daß er eine fehlende Eigenschaft bloß im Sinne eines Versprechens zugesichert hat (vgl. oben § 3 I, 1), sondern er muß für ihre Gewährung einzustehen sich verpflichtet haben.[1]) Dies bedeutet gegenüber dem Lieferungsvertrage, bei dem der Unternehmer nach § 480 Abs. 2 für das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft schlechthin, ohne Rücksicht auf ein Verschulden, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten hat, eine Haftungseinschränkung.

2. Der Schadensersatzanspruch steht dem Besteller wahlweise statt der Wandlung oder der Minderung — oder beim Lieferungsvertrage statt des Anspruchs auf Nachlieferung — zu. Diese Rechte können neben dem Ersatzanspruche zwar nicht kumulativ, wohl aber im Eventualitätsverhältnis geltend gemacht werden.[2]) Ein Unterschied besteht hier wiederum insofern, als beim Lieferungsvertrage der Schadensersatzanspruch primär ist, während er beim Werklieferungsvertrage von denselben Voraussetzungen wie die Wandlung und Minderung abhängt, also insbesondere erst nach vergeblichem Verlangen auf Beseitigung des Mangels, das mit Fristsetzung nach den oben angeführten Regeln verbunden sein muß, geltend gemacht werden kann. Bloßer Verzug des Unternehmers in Beseitigung des Mangels genügt nicht.[3])

Auf den Ersatzanspruch findet § 475 entsprechende Anwendung.

3. Äußerst bestritten ist der Inhalt, oder, besser gesagt, der Umfang des hier in Rede stehenden Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung. Es fragt sich, ob darunter der Ersatz des Schadens zu verstehen ist, den der Besteller unter Zugrundelegung der Annahme erlitten hat, daß der Unternehmer die ihm obliegende Verbindlichkeit überhaupt nicht erfüllt hat, oder ob der Besteller zunächst nur den Ersatz desjenigen Schadens verlangen kann,

---

[1]) RGE. Bd. 58 S. 180 (unter Aufhebung des Urteils des OLG. Kassel [Rechtspr. d. OLG. Bd. 7 S. 479]). Ebenso v. Staudinger Bem. 2b zu § 635; Oertmann Bem. 1b zu § 635; Planck Bem. 2a zu § 635; Levy S. 55; a. M. Engeling S. 51.

[2]) RGE. Bd. 58 S. 178 ff.

[3]) vgl. die Ausführungen in RGE. Bd. 58 S. 178 ff., ferner Bd. 56 S. 81 ff.; Riezler S. 121.

welcher ihm durch die Mangelhaftigkeit der Sache erwachsen ist, und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nur dann fordern darf, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat. Kürzer gefaßt: Steht Schadensersatz wegen totaler Nichterfüllung oder prinzipiell nur Schadensersatz wegen des Mangels in Frage?

Was zunächst den Ausdruck „Nichterfüllung" anlangt, so wird damit das tatsächliche Verhältnis weder für den Lieferungs- noch auch für den Werklieferungsvertrag richtig gekennzeichnet. Denn in aller Regel liegt bei beiden Verträgen in der Lieferung einer mangelhaften Sache zwar eine teilweise, aber nur in den seltensten Fällen eine totale Nichterfüllung des Vertrages.

Wenn das Gesetz gleichwohl den Ausdruck „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" gewählt hat, so darf dies nicht willkürlich ignoriert werden und kann nur den Sinn haben, daß dem Besteller die Befugnis verliehen sein soll, sich auf den Standpunkt zu stellen, als habe der andere Teil den Vertrag überhaupt nicht erfüllt: Der Berechtigte kann also Ersatz dafür verlangen, daß er die ihm geschuldete Leistung nicht in ihrer vollen vertragsmäßigen Beschaffenheit gegen die ihm obliegende Gegenleistung empfangen hat. Das Behalten der mangelhaften Sache soll ihm nicht zugemutet werden; er kann vielmehr die Sache zurückweisen und den ihm durch die so eingetretene Unmöglichkeit der Vertragserfüllung erwachsenen Schaden fordern, während er seinerseits von der ihm obliegenden Gegenleistung frei wird (vgl. aber unten sub 5). Dies bedeutet indessen nicht, daß der Vertrag aufgehoben wird; der Ersatzanspruch findet im Gegenteil gerade in dem Vertrage seine rechtliche Grundlage, entspringt unmittelbar aus ihm. Das positive Erfüllungsinteresse, nicht das negative Vertragsinteresse wird gefordert.[1])

Der vereinbarten Vergütung bleibt dabei nur die Bedeutung eines für die Bemessung des Schadens mit in Rechnung zu stellenden Faktors. Der für den Ersatzverpflichteten günstigste Fall besteht sonach darin, daß er nicht seinerseits zu einer Zahlung

[1]) RGE. Bd. 59 S. 156 ff.

zu verurteilen ist.[1]) Die hier vertretene Ansicht ist auch in den Beratungen der 2. Kommission unzweideutig zum Ausdruck gekommen.[2])

Die andere Meinung, die prinzipiell nur einen Schadensersatzanspruch wegen des Mangels anerkennt, ist allerdings unter den Theoretikern die herrschende.[3]) Ihr steht aber einmal der Wortlaut des Gesetzes und zum andern der Umstand entgegen, daß der fragliche Anspruch gegenüber den bisher behandelten Rechtsbehelfen eine Erweiterung der Haftung bezweckt. Dieser Zweck würde aber, wenn man die gegnerische Ansicht akzeptierte, nicht erreicht; denn dann würde der Schadensersatzanspruch in seinen Wirkungen hinter denen der Wandlung zurückstehen und vielfach auf eine bloße Minderung hinauslaufen. — Oertmann[4]) irrt übrigens, wenn er die RGE. Bd. 59 S. 156 ff. als „im wesentlichen" auf seiner Anschauung stehend bezeichnet; diese Entscheidung trifft auf den gegenwärtigen Fall überhaupt nicht zu, sondern behandelt den Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung, wie er sich aus den allgemeinen Grundsätzen ergibt.

Daß schließlich der Ersatzberechtigte nicht gezwungen ist, den ihm nach dem hier vertretenen Standpunkte zustehenden Schadensersatzanspruch im weitesten Sinne zu fordern, sondern auch auf der Vertragserfüllung in der Hauptsache beharren und lediglich den ihm gerade aus dem Mangel des Werkes erwachsenen Schaden verlangen kann, dürfte nicht zweifelhaft sein.[5])

5. Die durch die Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages berühmt gewordene, mit der eben erörterten nicht zu verwechselnde Streitfrage über das Wesen des Schadensersatzanspruchs bei zweiseitigen Verträgen im allgemeinen hat in der Hauptsache

---

[1]) vgl. RGE. Bd. 58 S. 173 ff., insbesondere S. 177; ebenso v. Staudinger Bem. 1 b zu § 635, woselbst allerdings der Passus unter β vollkommen aus dem Zusammenhang der Entscheidung herausgerissen ist und deshalb im Texte geradezu unverständlich wirkt.

[2]) vgl. hierzu besonders RGE. Bd. 52 S. 353 ff., insbesondere S. 355—357.

[3]) Oertmann Bem. 5 zu § 463; Planck Bem. 4 zu § 463; Schollmeyer, Iherings Jahrb. Bd. 49 S. 98 ff.

[4]) Oertmann a. a. O.

[5]) v. Staudinger Bem. 8 zu § 463.

nur für die Tauschgeschäfte Bedeutung, während in den für uns in Betracht kommenden Fällen das praktische Ergebnis der beiden entgegengesetzten Hauptmeinungen regelmäßig dasselbe ist. Es sei deshalb nur kurz folgendes bemerkt:

Die Frage ist die: Tritt der Schadensersatzanspruch nur an die Stelle der schuldhaft unmöglich gewordenen Schuldnerleistung, so daß das Vertragsverhältnis im übrigen, insbesondere also auch die Verpflichtung zur Gegenleistung fortbesteht (Surrogationstheorie), oder wird das gesamte zweiseitige Schuldverhältnis aufgehoben mit der Wirkung, daß nunmehr der Berechtigte als Schaden den Nettogewinn fordern kann, den er gehabt haben würde, wenn die unmöglich gewordene Leistung erfüllt worden wäre (Differenztheorie)? Wir schließen uns der Surrogationstheorie an, ohne Bedenken zu tragen, daß wir damit in Widerspruch mit unseren Ausführungen unter 4. geraten könnten; denn das dort gewonnene Ergebnis läßt sich auch aus der Surrogationstheorie ableiten, weil es sich für uns lediglich um Verträge handelt, bei denen die dem Berechtigten obliegende Gegenleistung in Geld besteht, ihre Gewährung also nur erfolgen könnte, um aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung alsbald wieder zurückgefordert zu werden, was natürlich zweckwidrig wäre, und dadurch vermieden wird, daß man den Berechtigten in diesen Fällen von der Gegenleistung von vornherein als befreit ansieht.[1])

§ 7.

D. Nicht rechtzeitige Herstellung des Werkes.

Als ein „Mangel" in dem Sinne der bisherigen Darstellung kann die nicht rechtzeitige Herstellung des Werkes natürlich nicht bezeichnet werden. Gehören infolgedessen die daran sich schließenden Rechtsfolgen nicht eigentlich zu unserem Thema, so glauben wir doch darauf eingehen zu sollen, insofern die nicht rechtzeitige Herstellung immerhin einen Mangel in der Vertragserfüllung bedeutet, auch vom Gesetze im unmittelbaren Anschluß an die Sach-

[1]) Im übrigen wird hierzu insbesondere auf Oertmann Bem. 1b zu § 325 und Kisch S. 96 ff. u. 132 f. verwiesen.

mängel behandelt wird und zudem von überaus praktischem Interesse ist. Die folgenden Ausführungen beziehen sich nur auf den Werklieferungsvertrag. Zu dem Lieferungsvertrage werden wir am Ende ein kurzes Wort zu bemerken haben.

Das Gesetz bestimmt in Erweiterung der an den Verzug geknüpften allgemeinen Rechtsfolgen in § 636:

„Wird das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig hergestellt, so finden die für die Wandlung geltenden Vorschriften des § 634 Abs. 1—3 entsprechende Anwendung; an die Stelle des Anspruchs auf Wandlung tritt das Recht des Bestellers, nach § 327 von dem Vertrage zurückzutreten. Die im Falle des Verzuges des Unternehmers dem Besteller zustehenden Rechte bleiben unberührt.

Bestreitet der Unternehmer die Zulässigkeit des erklärten Rücktritts, weil er das Werk rechtzeitig hergestellt habe, so trifft ihn die Beweislast".

1. Wie aus Abs. 1 Satz 2 folgt, ist das hier dem Besteller gewährte Rücktrittsrecht von dem Vorhandensein eines Verzuges auf seiten des Unternehmers nicht abhängig; darin liegt der Schwerpunkt der ganzen Bestimmung. Die wichtige Folge davon ist, daß der Unternehmer auch dann, wenn ihn ein Verschulden an der verspäteten Herstellung nicht trifft, z. B. bei Streiks oder sonstigen Lohnbewegungen seiner Arbeiter, zu haften hat.

2. Im einzelnen ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung der Bestimmungen in § 634 Abs. 1—3 folgendes:

a) Wird das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig hergestellt, so kann der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Nachlieferung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Zeigt sich schon vor dem Ablieferungstermine, daß das Werk nicht rechtzeitig fertiggestellt werden wird, so kann der Besteller die Frist sofort bestimmen; sie muß jedoch dann so bemessen werden, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft.

Ein besonderes Wort verdient hier noch der Begriff der Angemessenheit. Der Zweck der Fristsetzung im vorliegenden Falle ist normalerweise der, dem Unternehmer die Fertigstellung des bereits begonnenen Werkes, nicht etwa erst die Herstellung von

Beginn an zu ermöglichen. Bei der Bemessung der Frist wird daher vornehmlich der Zeitraum, den der Unternehmer zur Herstellung des Werkes bereits zuvor zur Verfügung gehabt hat, mit in Betracht zu ziehen sein; der Besteller wird füglich erwarten dürfen, daß das Werk bis zu dem Zeitpunkte, wo er die Frist setzt, schon zu einem entsprechenden Teile gediehen ist. Eine Frist, die zu kurz ist, um den noch nicht fertigen Teil des Werkes innerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes zu vollenden, wird demnach nicht unter allen Umständen als unangemessen gelten können; der Unternehmer wird dann eben zu einer besonderen Beschleunigung verpflichtet sein.[1])

b) Nach dem Ablaufe der Frist kann der Besteller nach Maßgabe des § 327 von dem Vertrage zurücktreten, wenn nicht das Werk rechtzeitig fertiggestellt ist. Der Anspruch auf Herstellung ist dann ausgeschlossen. Hachenburg[2]) findet die hier vom Gesetze eingeschlagene Methode schwer verständlich, weil sie einerseits die Anwendbarkeit des Abs. 4 des § 634 ausschließt, während sie doch anderseits durch die Verweisung auf § 327, wie er meint, zu demselben Resultat gelange, als wenn § 634 Abs. 4 in Geltung geblieben wäre. Er übersieht aber dabei einmal die Bestimmung in § 327 Satz 2, wonach im Falle des Rücktritts wegen eines von dem Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gehaftet wird. Diese Bestimmung hat ihren wichtigsten und fast ausschließlichen Anwendungsfall gerade in dem § 636 und würde nicht Platz greifen, wenn dort einfach § 634 Abs. 4 für entsprechend anwendbar erklärt wäre. Zum andern aber ist das Rücktrittsrecht des § 636 gerade als solches konstituiert, nicht aber als Ausfluß eines Wandlungsrechts, was, wie wir unten (§ 11) sehen werden, für die Verjährungsfrage von Bedeutung ist.

Das Rücktrittsrecht ist der einzige Anspruch, den der § 636 dem Besteller neben den allgemeinen Rechtsbehelfen gewährt; nicht also kann der Besteller Minderung[3]) oder Schadensersatz wegen

---

[1]) So auch Staub Anm. 88 im Exkurs zu § 374 HGB.
[2]) Hachenburg S. 78.
[3]) Falsch Hachenburg S. 78/79.

Nichterfüllung verlangen; auch ein Ersatzanspruch für eine etwa von ihm selbst bewirkte Fertigstellung des Werkes nach Maßgabe des § 633 Abs. 3 ist ausgeschlossen.[1])

c) Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die rechtzeitige Herstellung des Werkes unmöglich ist oder vom Unternehmer verweigert wird, oder wenn die sofortige Geltendmachung des Rücktrittsrechtes durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird (§ 634 Abs. 2).

d) Ausgeschlossen ist das Rücktrittsrecht, wenn durch die nicht rechtzeitige Herstellung des Werkes das Interesse des Bestellers nur unerheblich beeinträchtigt wird (§ 634 Abs. 3).

3. Die Beweisvorschrift des Abs. 2 ist eine Folge aus dem in § 282 für den Fall eingetretener Unmöglichkeit der Leistung aufgestellten allgemeinen Grundsatze und entspricht der Zweckmäßigkeit.

4. Beim Lieferungsvertrage ist die Anwendung des § 636 nicht zulässig. Hier ist also der Besteller bei nicht rechtzeitiger Herstellung des Werkes ausschließlich auf die allgemeinen Rechtsbehelfe angewiesen. Ob diese Regelung dem Lieferungsvertrage nach allem, was wir über sein Wesen gesagt haben, gerecht wird, dürfte höchst zweifelhaft erscheinen; es liegt gerade in diesem Punkte absolut kein Grund zu verschiedener Behandlung der in § 651 Abs. 1 gedachten Fälle vor. Denn warum soll z. B. der Möbelhändler, dem sein Tischler infolge eines bei diesem ausgebrochenen Streiks die bestellten Sofagestelle nicht rechtzeitig liefern kann, an den Vertrag gebunden sein, während der Villenbesitzer, dem derselbe Tischler aus demselben Grunde eine bestellte Wandverkleidung nicht rechtzeitig herstellt, nach Maßgabe des § 636 von dem Vertrage zurücktreten kann?

---

[1]) vgl. Oertmann, Planck und v. Staudinger zu § 636; Riezler S. 127.

Zweiter Teil.

Die allgemeinen Rechtsbehelfe.

§ 8.

A. Allgemeines.

Die Frage nach dem Verhältnis der bisher behandelten besonderen Rechtsbehelfe zu den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes über die Folgen der Nichterfüllung und der Unmöglichkeit der Erfüllung ist schwierig und äußerst lebhaft umstritten. Ihre Beantwortung hängt wesentlich von derjenigen der Unterfrage ab, ob und inwieweit in unseren Fällen die Lieferung einer mangelhaften Sache als Nichterfüllung anzusehen ist. Daß dies beim Werklieferungsvertrage zu bejahen ist, haben wir oben bereits dargetan; wir haben aber auch schon darauf hingewiesen, daß in gleicher Weise beim Lieferungsvertrage, der begrifflich ebenfalls die Verpflichtung zur Arbeitsleistung enthält, mangelhafte Ausführung eine teilweise Nichterfüllung bedeutet. Könnte hiernach an sich die Beantwortung der eingangs gestellten Frage für beide Verträge gleich lauten, so ist doch noch weiter zu untersuchen, inwieweit die verschiedene gesetzliche Regelung der in § 651 Abs. 1 enthaltenen Fälle in dem in Rede stehenden Punkte von Einfluß ist. Dabei bedarf es eines näheren Eingehens auf den juristischen Inhalt des Kaufvertrages:

Es ist die weitaus vorherrschende Ansicht, daß der Verkäufer kraft des Kaufvertrages für die Mangelfreiheit der Kaufsache einzustehen habe, daß also die Lieferung einer mangelhaften Sache teilweise Nichterfüllung des Vertrages bedeute.[1]) Diese Ansicht

[1]) Dernburg in DJZ. 1903 S. 4; Emerich S. 68; Eccius bei Gruchot, Beitr. Bd. 43 S. 268, 306, 309; Kisch S. 193 ff.; Schöller bei Gruchot, Beitr. Bd. 46 S. 19 ff.

findet jedoch im Gesetze keine Stütze. § 433 sagt: „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen". Mit der Übergabe und der Eigentumsverschaffung hat also der Verkäufer seine Vertragspflicht restlos erfüllt. Die ihm überdies auferlegte Gewährleistungspflicht ist nicht Vertragsinhalt, sondern besteht selbständig daneben als eine vom Gesetze besonders ausgesprochene Folge der Mangelhaftigkeit der Kaufsache. Zutreffend sagt Oertmann[1]): „Wer eine bestimmte Sache verkauft, will sie so, wie sie ist, in ihrer konkreten Leiblichkeit, übertragen; daß er sie ohne weiteres als eine tadellose zu liefern verspräche, läßt sich aus dem Verkauf als solchem nicht entnehmen".[2]) Dieser Satz, den Oertmann für den Spezieskauf ausspricht, hat indessen keine Geltung für den Gattungskauf. Der Verkäufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache hat, wie aus § 480 Abs. 1 zu entnehmen ist, die vertragsmäßige Verpflichtung zur Lieferung eines mangelfreien Stückes; die Lieferung einer mangelhaften Sache stellt sich also hier als Nichterfüllung des Kaufvertrages dar.[3])

Da nun aber der § 480 auf den Lieferungsvertrag vornehmlich anwendbar ist, so kommen wir zu dem Ergebnis, daß dessen Wesen in dem hier fraglichen Punkte keine Beeinträchtigung dadurch erleidet, daß der Vertrag vom Gesetze den Kaufregeln unterstellt worden ist. Der Tatsache, daß beim Lieferungsvertrage — entgegen dem Spezieskaufe — die Leistung einer mangelhaften Sache (teilweise) Nichterfüllung bedeutet, wird in § 480 genügend Rechnung getragen.

---

[1]) Oertmann Bem. 2aγ zu § 433.

[2]) vgl. ferner Schollmeyer in Iherings Jahrb. Bd. 49 S. 93 ff.; Crome II § 220 Anm. 4 u. Ziff. 7; Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904, S. 19; v. Staudinger Vorbem. 6 zu § 459.

[3]) Oertmann Bem. 2 zu § 480 gegen Schollmeyer a. a. O. Vgl. auch RGE. Bd. 52 S. 353 ff.

§ 9.

B. Der Werklieferungsvertrag im besonderen.

1. Der Klage des Unternehmers auf Zahlung des Werklohnes kann der Besteller die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags entgegensetzen (§ 320). Dieses Einrederecht entfällt aber naturgemäß dann, wenn der Besteller die Mängelbeseitigung endgültig abgelehnt hat, denn dann ist er nicht mehr zu einem Einwande berechtigt, der seine rechtliche Grundlage darin findet, daß ein Schuldner aus einem gegenseitigen Vertrage so lange nicht gegen seinen Willen zur Leistung angehalten werden soll, als nicht die ihm geschuldete und von ihm verlangte Gegenleistung gewährt wird.[1])

2. Ist der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels in Verzug, so stehen dem Besteller neben dem in § 633 Abs. 3 gegebenen Ersatzanspruch für erforderliche Aufwendungen auch die allgemeinen Rechtsbehelfe aus § 326 zu. Wichtig ist dies insofern, als darnach der Besteller event. Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch dann fordern kann, wenn dem Unternehmer ein Verschulden nicht zur Last fällt, während das in § 326 bestimmte allgemeine Rücktrittsrecht neben den Sonderregeln in § 634 kaum noch praktische Bedeutung haben und wohl auch nicht über die dort für die Wandlung gezogenen Grenzen hinaus ausgeübt werden dürfte.[2])

3. Ebensowenig kann der § 325 neben den Sonderbestimmungen der §§ 634, 635 von maßgebendem Wert sein. Denn er gibt für den Fall, daß die Beseitigung des Mangels infolge eines vom Unternehmer zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, dem Besteller keine weiteren Befugnisse, als dieser nach den §§ 634, 635 bereits dann hat, wenn die Beseitigung des Mangels von vornherein unmöglich ist.

4. Schließlich sei hier noch eines allerdings ziemlich abseits liegenden Falls der Schadensersatzpflicht des Unternehmers Erwähnung getan, den das Reichsgericht[3]) behandelt hat.

---

[1]) RGE. Bd. 58 S. 176 ff.

[2]) Oertmann Bem. 2c zu § 633.

[3]) RGE. in JurW. 1896 S. 111.

Die Frage ist die, ob die Verpflichtung zur vertragsmäßigen Herstellung des auszuführenden Werkes schon während der Ausführung hervortreten und demgemäß die Haftung für einen durch mangelhafte Ausführung in diesem Stadium verursachten Unfall (zufolge der allgemeinen Grundsätze) aus dem Vertrage hergeleitet werden kann. Das Reichsgericht erklärt eine solche Haftung prinzipiell nicht für ausgeschlossen und meint, es könnten insbesondere die Umstände, unter denen die Ausführung des Werkes erfolgt, so beschaffen sein, daß die Verpflichtung des Unternehmers, das Werk frei von Mängeln herzustellen, schon bei der Ausführung hervortritt. — Dem wird man beipflichten können, doch wird der Tatbestand im einzelnen Falle mit sehr großer Vorsicht geprüft werden müssen.

§ 10.

C. Der Lieferungsvertrag im besonderen.

1. Nach dem unter § 8 Gesagten ist es zweifellos, daß auch beim Lieferungsvertrage der Besteller dem auf Zahlung der Vergütung klagenden Lieferanten einer mangelhaften Sache die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenstellen kann.

2. Wie beim Werklieferungsvertrage mit der Mängelbeseitigung, so kann beim Lieferungsvertrage der Unternehmer mit der Nachlieferung einer mangelfreien Sache in Verzug kommen. Wie dort, so treten dann auch hier die Rechtsfolgen aus § 326 in Kraft.

3. Daß die Leistung aus der Gattung unmöglich wird, dürfte verhältnismäßig selten sein. Beim Lieferungsvertrage verliert deshalb der § 325 noch mehr an Bedeutung als beim Werklieferungsvertrag.

4. Von außerordentlicher Wichtigkeit ist aber hier die von Staub[1]) aufgestellte Theorie von den sogen. positiven Vertragsverletzungen. Während beim Werklieferungsvertrage der Unternehmer nach § 635 bei Verschulden immer auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haftet, tritt diese Haftung beim Lieferungsvertrage, wie wir gesehen haben, gemäß § 480 Abs. 2 nur dann ein, wenn solches Verschulden in arglistigem Verschweigen des Fehlers be-

[1]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904.

steht. Nun gibt es aber im täglichen Leben überaus zahlreiche Fälle, in denen durch die mangelhafte Erfüllung dem Besteller ein Schaden entsteht, ohne daß die in § 480 Abs. 2 gestellten Voraussetzungen zuträfen: Es liefert z. B. die Spinnerei feuchtes Garn, der Tischler wurmstichige Bretter, der Buchbinder Einbanddeckel, die abfärben, der Weißwarenhändler Kragen, die in der Wäsche alsbald zerreißen, usw. Wenn nun der Besteller in Unkenntnis dieser Mängel die Sachen annimmt, so erleidet er vielfach — abgesehen von der in dem Mangel selbst begründeten Wertminderung der Sache — erheblichen Schaden, insbesondere etwa dadurch, daß die mangelhafte Ware seine eigene verdirbt, oder daß er nun seinerseits seinem Abnehmer nicht liefern kann. Mangels der in § 480 Abs. 2 getroffenen Voraussetzungen kann er aber gleichwohl nur Wandlung oder Minderung oder Nachlieferung einer mangelfreien Sache verlangen, alles Ansprüche, durch die er seinem Schaden niemals beikommen kann. In analoger Anwendung des § 286 und des § 326 gibt daher Staub dem Besteller hier einen Anspruch auf Schadensersatz bezw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wobei natürlich Voraussetzung ist, daß den Unternehmer ein Verschulden im Sinne des § 276 trifft.[1])

Daß ein solcher Anspruch gerechtfertigt, ja durch die Verhältnisse des praktischen Lebens geradezu gefordert ist, wird jetzt von der Theorie und von der Praxis allgemein anerkannt. Lebhafter Streit herrscht indessen noch über seine rechtliche Begründung.

Die einen leiten den allgemeinen Rechtssatz, daß die schuldhafte Verletzung von Vertragspflichten zum Schadensersatz verpflichtet, einfach aus § 276 her, nach welchem der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat,[2]) indem sie dabei Vertretungspflicht und Schadensersatzpflicht identifizieren.

Eine andere von Goldmann und Lilienthal[3]) vertretene Ansicht stützt den Anspruch auf § 280 mit der Begründung, die schuldhafte Verletzung einer Vertragspflicht charakterisiere sich als Unmöglichkeit der Erfüllung; dem Schuldner sei es, nachdem

---

[1]) Staub a. a. O. S. 16/17.

[2]) So zuerst Crome II § 150 unter III; ferner Dernburg in DJZ. Bd. 8 S. 1 ff.; RGE. Bd. 52 S. 18, Bd. 53 S. 202.

[3]) Goldmann u. Lilienthal S. 333.

er einmal mangelhaft geliefert, unmöglich, zur Zeit der Fälligkeit der Leistung noch mangelfrei zu liefern.

Eine dritte Ansicht hält schließlich die Bestimmungen in § 823 für einen ausreichenden Schutz des Gläubigers.[1])

Staub hat diese Begründungen in überaus scharfsinniger Weise allenthalben widerlegt. Wir verweisen auf seine Ausführungen, denen sich übrigens das Reichsgericht nachträglich ebenfalls angeschlossen hat.[2])

---

[1]) Kipp in DJZ. Bd. 8 S. 254ff.
[2]) RGE. Bd. 54 S. 98.

Dritter Teil.

Gründe, welche die Geltendmachung von Ansprüchen trotz vorhandener Mängel ausschließen.

§ 11.

A. Die Verjährung.

I. Mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit[1]) sind die Gewährschaftsansprüche einer besonders kurzen Verjährung unterworfen; das gilt in gleicher Weise vom Werklieferungs- wie vom Lieferungsvertrage. Für jenen sind die Bestimmungen des § 638, für diesen diejenigen des § 480 in Verb. mit § 477 Abs. 1 maßgebend, und zwar werden danach von der kurzen Verjährung einerseits die den beiden Vertragsarten gemeinsamen Ansprüche auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz,[2]) anderseits auch der Nachbesserungs- und der Nachlieferungsanspruch ergriffen. Für den Werklieferungsvertrag beträgt die Verjährungsfrist im allgemeinen sechs Monate, bei Arbeiten an einem Grundstück ein Jahr, bei Bauwerken fünf Jahre. Der zuletzt genannte Fall trifft für den Werklieferungsvertrag nur dann zu, wenn der Unternehmer sowohl den Grund und Boden wie auch die Baumaterialien zu beschaffen hat.[3]) Hinsichtlich des Lieferungsvertrages kommt nur die in § 477 für bewegliche Sachen bestimmte Verjährungsfrist von sechs Monaten in Frage; Grundstücke können naturgemäß nicht Gegenstand eines Lieferungsvertrages sein (§ 651 in Verb.

---

[1]) Mot. II S. 238, 486 f.

[2]) Hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs aus § 480 Abs. 2 vgl. RGE. Bd. 53 S. 202, Bd. 56 S. 169; dagegen Staub in DJZ. 1903 S. 389.

[3]) Mot. II S. 476; Planck Bem. 2d zu § 651; dagegen Ochß S. 70.

mit § 91). Bei beiden Vertragsarten ist aber die kurze Verjährung des Schadensersatzanspruchs dann ausgeschlossen, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Diesfalls bewendet es bei der gewöhnlichen Verjährungsfrist, wobei aber jeweils zu prüfen ist, ob der geltend gemachte Schadensersatzanspruch sich als Gewährschaftsanspruch charakterisiert oder etwa auf unerlaubte Handlung (§ 852: dreijährige Verjährungsfrist!) gestützt wird.

II. Die Verjährung beginnt nach § 638 mit der „Abnahme" des Werkes, während nach § 477 Abs. 1 der Zeitpunkt der „Ablieferung" als der maßgebende bezeichnet wird. Über den Begriff der Abnahme gehen die Meinungen sehr weit auseinander. Herrschend ist die Ansicht, daß darunter die Annahme als Erfüllung zu verstehen sei.[1]) Andere sehen darin weiter nichts als den tatsächlichen Akt der körperlichen Wegnahme entsprechend dem Abnahmebegriff beim Kauf in § 433, wo diese Deutung ziemlich allgemein anerkannt ist.[2]) Wir schließen uns aus den noch weiter unten anzuführenden Gründen der herrschenden Meinung an, obwohl wir damit gerade hinsichtlich der hier in Rede stehenden Frage nach dem Beginn der Verjährung in Schwierigkeit geraten: Von der Abnahme in dem von uns anerkannten Sinne ist offensichtlich der Begriff der Ablieferung wesentlich verschieden. Ablieferung bedeutet lediglich eine einseitige Handlung des Schuldners, darauf gerichtet, sich des Gewahrsams der Sache zu entäußern.[3])

Infolgedessen ist klar, daß Abnahme und Ablieferung häufig zeitlich nicht zusammenfallen und damit der Beginn der Verjährung nach § 638 u. § 477 zu einem verschiedenen Zeitpunkte eintreten kann. Schickt mir z. B. der Schneider den bestellten Anzug ins Haus, so hat er zweifellos abgeliefert; bis ich aber in dem Sinne der herrschenden Lehre abnehme, kann unter Um-

---

[1]) So v. Staudinger Bem. IIa zu § 640; Oertmann Bem. 1 zu § 640; Planck Bem. 1 zu § 640; Kisch S. 69; Schöller a. a. O. S. 36 ff.; Lehmann in DJZ. S. 491 ff.; Prot. II S. 317; RGE. Bd. 57 S. 338. Weiter gehen noch Crome I S. 313 und II § 266 Nr. 1 b; Riezler S. 135, die in der Abnahme eine Billigung erblicken.

[2]) Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 102; Titze S. 300 ff.; Brinkmann S. 19; Schmitz S. 28.

[3]) v. Staudinger Bem. 4a zu § 477.

ständen — vielleicht weil ich verreist bin — eine geraume Zeit vergehen. Wir vermögen einen inneren Grund, der diese verschiedene Behandlung rechtfertigte, schon nicht für den Kauf und Werkvertrag, noch weniger aber für den Lieferungs- und Werklieferungsvertrag zu erkennen. Gegenüber der positiven Regelung des Gesetzes müssen wir uns indessen bei dem Resultat bescheiden, daß die Verjährung beim Werklieferungsvertrag mit der Abnahme, beim Lieferungsvertrag mit der Ablieferung des Werkes beginnt. Die Bedeutung dieses Unterschiedes tritt am schärfsten hervor, wenn der Besteller mit der Abnahme des Werkes in Verzug kommt, was trotz eines vorhandenen Mangels sehr wohl möglich ist, z. B. weil dieser bei der Vollendung des Werkes noch gar nicht erkennbar war. In solchem Falle ist der Unternehmer genötigt, auf Abnahme zu klagen und das rechtskräftige Urteil gemäß § 888 ZPO. vollstrecken zu lassen, wobei dann die Verjährung erst mit der Vollstreckung, nicht schon mit der Rechtskraft des Urteils beginnt.[1]) Nicht richtig dürfte dagegen die von Oertmann[2]) vertretene Ansicht sein, daß der Unternehmer bei Säumnis des Bestellers in der Abnahme unter Umständen die Verjährungsfrist durch Hinterlegung nach §§ 372 ff. in Gang setzen könnte; denn diese wirkt gemäß § 378 allerdings gleich der Leistung an den Besteller, das bedeutet aber nicht, sie ersetzt die Abnahme, sondern nur die Ablieferung. Daraus ergibt sich, daß die Hinterlegung wohl beim Lieferungsvertrage, nicht aber beim Werklieferungsvertrage geeignet ist, den Beginn der Verjährung herbeizuführen.

III. Es kommt nicht selten vor, daß ein Mangel erst nach Ablauf der im Gesetz bestimmten Verjährungsfrist hervortritt. Der Besteller ist dann gleichwohl seiner Rechte wegen des Mangels verlustig, wenn er nicht die Verjährungsfrist durch Vertrag mit dem Unternehmer verlängert hat. Das Gesetz erklärt entgegen der allgemeinen Regel des § 225 eine solche vertragsmäßige Verlängerung sowohl in § 638 wie auch in § 477 für zulässig. Wo

---

[1]) So Planck Bem. 4 zu § 638; v. Staudinger Bem. 6 zu § 638; jetzt auch entgegen der früheren Ansicht Oertmann Bem. 2a zu § 638.

[2]) Oertmann a. a. O.; ihm folgend v. Staudinger a. a. O.

daher nach der Natur der zu liefernden Sache zu erwarten ist, daß etwaige Mängel erst in späterer Zeit hervortreten werden, wird der Besteller gut tun, von der Verlängerungsbefugnis im Vertrage Gebrauch zu machen. Häufig wird übrigens in einem vom Unternehmer auf bestimmte Zeit gegebenen Garantieversprechen eine solche Erstreckung der Verjährungsfrist gefunden werden können.[1])

Daß das Gesetz durch die Zulassung einer vertragsmäßigen Verlängerung der kurzen Verjährungsfristen nicht auch die Möglichkeit einer Erstreckung über die gewöhnliche Verjährungsfrist von 30 Jahren hinaus hat anerkennen wollen, erscheint, wie Crome[2]) sagt, selbstverständlich; insoweit muß auch hier der zwingende Satz des § 225 in Geltung bleiben.

IV. Für die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung gelten nach § 477 Abs. 2 in erster Linie die allgemeinen Grundsätze der §§ 202 ff., 208 ff. Als einen weiteren Unterbrechungsgrund bezeichnet sodann der § 477 Abs. 2 den Antrag des Bestellers auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises (§§ 485 ff., insbesondere § 488 ZPO.), auf den die Vorschriften der §§ 211 Abs. 2, 212 entsprechende Anwendung finden. Wichtig ist weiterhin die positive Bestimmung in § 477 Abs. 3, wonach die Hemmung oder die Unterbrechung der Verjährung eines der fraglichen Ansprüche auch die Hemmung oder Unterbrechung der anderen Ansprüche bewirkt.

In § 639 Abs. 1 sind die Vorschriften des § 477 Abs. 2 u. 3 für entsprechend anwendbar erklärt. Für den Werklieferungsvertrag ist aber in § 639 Abs. 2 noch ein mit dem hier gewährten Anspruch auf Beseitigung des Mangels in Zusammenhang stehender weiterer Hemmungsgrund gegeben: Unterzieht sich nämlich der Unternehmer im Einverständnis mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels oder der Beseitigung des Mangels, so ist die Verjährung so lange gehemmt, bis der Unternehmer das Ergebnis der Prüfung dem Besteller mitteilt oder ihm gegenüber

---

[1]) Riezler S. 129; Buccerius in Gruchots Beitr. Bd. 51 S. 740 ff.

[2]) Crome II § 223 Anm. 10; Riezler S. 128; Levy S. 59 und die meisten anderen. Abweichend Planck Bem. 5 zu § 477 und Bem. 5a zu § 638.

den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung verweigert.

V. 1. Den vom Gesetze dem Besteller aus der Lieferung einer mangelhaften Sache gewährten Ansprüchen auf Beseitigung des Mangels, auf Nachlieferung, auf Wandlung und auf Minderung korrespondieren, wenn sich der Besteller in der Prozeßrolle des Beklagten befindet, ebenso viele Einrederechte, die als solche prinzipiell der Verjährung nicht unterliegen (§ 194 Abs. 1).[1]) Das Gesetz hat indessen für unsere Fälle auch die Geltendmachung dieser Einrederechte nach der Vollendung der Verjährung der ihnen entsprechenden Ansprüche nur in beschränktem Maße zugelassen. Der Besteller kann darnach auch nach vollendeter Verjährung gegenüber der Klage des Unternehmers auf Zahlung der Vergütung diese insoweit verweigern, als er auf Grund der bezeichneten Ansprüche dazu berechtigt sein würde, vorausgesetzt jedoch, daß er noch vor dem Ablaufe der Verjährung dieser Ansprüche dem Unternehmer den Mangel angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet oder gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite gemäß §§ 72 ff. ZPO. dem Unternehmer den Streit verkündet hat.[2])

2. Nur unter denselben Voraussetzungen, und damit in Einschränkung des allgemeinen Prinzips des § 390, wonach die Aufrechnung mit einer verjährten Forderung schon dann zulässig ist, wenn diese der Klagforderung vor Ablauf der Verjährungsfrist einmal als aufrechenbar gegenüberstand, gewährt das Gesetz dem Besteller die Vergünstigung, gegenüber der Forderung des Unternehmers auf Zahlung der Vergütung mit einem ihm etwa zustehenden Anspruche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aufzurechnen.[3]) Aus der beschränkten Tendenz des § 479 ist übrigens zu entnehmen, daß die daselbst aufgestellten Voraussetzungen zu derjenigen des § 390 noch hinzutreten müssen, der Ersatzanspruch

---

[1]) vgl. hierzu Langheineken S. 240.
[2]) § 478 Abs. 1 in Verb. mit § 480 Abs. 1 u. § 639 Abs. 1.
[3]) § 479 Satz 1 in Verb. mit § 480 Abs. 1 u. § 639 Abs. 1.

also außerdem vor seiner Verjährung der Klagforderung bereits als aufrechenbar gegenüber gestanden haben muß.

Schließlich ist noch hervorzuheben, daß die Aufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch nur gegenüber der Forderung des Unternehmers auf die Vergütung gerade aus dem konkreten Vertragsverhältnis, nicht gegenüber allen Forderungen zulässig ist.[1])

3. Hat der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen, so bedarf es zur Erhaltung der Einrederechte der vorerwähnten Voraussetzungen nicht (§ 478 Abs. 2, § 479 Satz 2 in Verb. mit § 480 Abs. 2 u. § 639 Abs. 1). Diese Bestimmung ist überflüssig, da bei arglistigem Verschweigen des Fehlers die Ansprüche selbst schon der kurzen Verjährung unterliegen (vgl. oben I).

VI. Von großer Wichtigkeit ist endlich die Frage, ob und inwieweit auch die allgemeinen Rechtsbehelfe von der kurzen Verjährung ergriffen werden. Das Gesetz enthält hierüber keine Bestimmung.

1. Hinsichtlich der Einrede des nicht erfüllten Vertrages können Zweifel nicht bestehen; sie ist als solche unverjährbar.

2. Was sodann die dem Besteller unter Umständen zustehenden Ansprüche aus den §§ 325, 326 anlangt, so sehen viele die Bedeutung ihrer Anwendbarkeit neben den besonderen Rechtsbehelfen gerade darin, daß sie auch nach der Verjährung der letzteren noch geltend gemacht werden könnten.[2]) Dieser Ansicht kann indessen nicht beigetreten werden. Der § 326 ist, wie wir gesehen haben, für unsere Fälle nur anwendbar, wenn der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels oder mit der Nachlieferung in Verzug kommt. Ist aber der Anspruch auf die Beseitigung oder die Nachlieferung einmal verjährt, so kann der Unternehmer mit der Erfüllung desselben nicht mehr in Verzug kommen und können deshalb auch die Folgen des Verzuges nicht mehr eintreten.

---

[1]) So die herrschende Meinung; vgl. insbes. RGE. Bd. 56 S. 167 ff.; dagegen Staub Anm. 118 zu § 377 HGB. in 6. u. 7. Aufl., jetzt aber in Anm. 142 daselbst wie hier.

[2]) So Planck Vorbem. 4 zu § 633; v. Staudinger Bem. II, 2cδ zu § 633; Riezler S. 112.

Ließe man zum andern den Unternehmer, der den ohne sein Verschulden herbeigeführten Mangel schuldhafterweise nicht beseitigt, auch nach dem Ablaufe der kurzen Verjährungsfrist aus § 325 noch haften, so hieße das, ihn strenger behandeln als denjenigen, der von Anfang an den Mangel schuldhaft herbeigeführt hat.

Wir kommen hiernach zu dem Resultat, daß die Ansprüche aus den §§ 325, 326 vom Besteller auch nur innerhalb der kurzen Verjährungsfrist geltend gemacht werden können und allenthalben der für diese getroffenen Regelung unterworfen sind.[1])

3. Das gleiche gilt von dem Schadensersatzanspruch wegen eines Mangels, der sich als positive Vertragsverletzung darstellt. Dies ist auch die Ansicht des Reichsgerichts, das jedoch mit Recht betont, daß der Schaden dem gelieferten Werke unmittelbar anhaften, sich als eine Folge des eigentlichen Mangels darstellen müsse.[2])

4. Daß schließlich die Ansprüche auf Ersatz der Aufwendungen nach § 633 Abs. 3, aus dem gesetzlichen Rücktrittsrechte des § 636 und aus einem vertragsmäßigen Rücktrittsrechte, sowie der Anspruch auf Herstellung des Werkes der kurzen Verjährung nicht unterliegen, bedarf kaum der Erwähnung. Sie haben ganz andere rechtliche Grundlagen und verfolgen andere Zwecke als die eigentlichen Gewährschaftsansprüche.

§ 12.

B. Verschiedene andere Gründe des Wegfalls der Haftung.

I. Entsprechend der dispositiven Natur der gesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Unternehmers aus Mängeln des Werkes bestimmen der § 637 und der § 476 gleichmäßig, daß diese Haftung durch Vereinbarung erlassen oder beschränkt werden kann.

---

[1]) So insbesondere Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 256, der allerdings aus der sich hieraus für unsere Fälle ergebenden praktischen Bedeutungslosigkeit dieser Ansprüche mit Unrecht auf ihre theoretische Unanwendbarkeit schließt. Vgl. hinsichtlich des § 326 jetzt auch Oertmann Bem. 2c zu § 633, widersprechend allerdings Bem. 5 zu § 638.

[2]) vgl. RGE. Bd. 53 S. 200, Bd. 56 S. 169, Bd. 62 S. 119, Bd. 64 S. 41.

Eine solche Vereinbarung ist aber nichtig, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschweigt.

II. Hinsichtlich unserer Fälle ist es denkbar, daß infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung das Werk mangelhaft ausfällt, ohne daß den Unternehmer ein Verschulden träfe. Der § 645 wird dann sinngemäß anzuwenden sein, möglicherweise mit der Wirkung, daß der Unternehmer trotz des Mangels die volle Vergütung für das Werk fordern kann, und dies nicht bloß beim Werklieferungsvertrage, sondern analog auch beim Lieferungsvertrag. Im Einzelfalle wird jedoch immer zu prüfen sein, ob nicht der Unternehmer zufolge der von ihm zu fordernden Sachkenntnis die Pflicht gehabt hätte, den Besteller auf die Unzweckmäßigkeit der erteilten Anweisung aufmerksam zu machen, und ob nicht gerade in der Unterlassung dieser Verpflichtung ein Verschulden des Unternehmers zu finden ist, das ihn gemäß § 635 zum Schadensersatze verpflichtet.

III. § 640 Abs. 2 bestimmt: „Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die Gewährleistungsansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält. Das gleiche bestimmt der für den Lieferungsvertrag maßgebende § 464 für den Fall, daß der Besteller die mangelhafte Sache annimmt, obschon er den Mangel kennt.

1. Der Begriff der „Abnahme" in § 640 ist, wie bereits erwähnt, Gegenstand lebhaften Streites. Wir fassen ihn mit der herrschenden Meinung als die reale Übernahme des Werkes im Sinne der „Annahme als Erfüllung". Wir schließen dies gerade aus dem Inhalte des § 640 Abs. 2; denn es hätte keinen Sinn, eine solche Folge, wie sie dort ausgesprochen ist, an die Abnahme zu knüpfen, wenn diese für die Feststellung von Mängeln ohne Bedeutung wäre. In gleicher Weise heißt es in den Protokollen: „Die Mehrheit stimmte darin überein, daß der „Abnahme" hier die Bedeutung der „Annahme als Erfüllung" zukomme in dem Sinne und mit der Wirkung, wie sie der Annahme als Erfüllung in § 367 d. 1. Entw. (§ 363 BGB.) beigelegt ist.[1])

[1]) Prot. II S. 317.

Eine Prüfungspflicht ist jedoch für den Besteller mit der Abnahme nicht verbunden; er wird aber im eigenen Interesse gut tun, eine solche Prüfung vorzunehmen, da er durch die Abnahme an sich zwar seiner Rechte noch nicht verlustig geht, die Beweislast aber gemäß § 363 zu seinen Ungunsten sich umkehrt.

Dem Abnahmebegriff des § 640 in der von uns gegebenen Definition entspricht nun der Ausdruck „Annahme" in § 464 durchaus; er steht im Gegensatz zu der bloßen Abnahme des § 433 Abs. 2 als eines rein tatsächlichen Aktes und bedeutet gleichfalls „Annahme als Erfüllung" im Sinne des § 363.[1])

2. Nach dem Gesagten ist also die Behandlung des Werklieferungsvertrages und des Lieferungsvertrages in dem hier in Rede stehenden Punkte die gleiche. In einer Hinsicht herrscht aber Streit, ob nämlich der Besteller infolge der Abnahme in Kenntnis des Mangels auch den Anspruch auf Schadensersatz aus § 635 verliert. Der Wortlaut des § 635, der nur die in den §§ 633, 634 bezeichneten Ansprüche nennt, spricht dagegen. Es ist denn auch die herrschende Meinung, daß der Schadensersatzanspruch aus § 635 von § 640 Abs. 2 nicht mitgetroffen wird.[2]) Wir vermögen uns jedoch dieser Ansicht nicht anzuschließen, folgen vielmehr den guten Ausführungen Levys,[3]) der mit Recht einmal auf die Fassung des § 635 hinweist, wonach der Besteller nur statt der Wandlung oder Minderung Schadensersatz verlangen kann, weiterhin gegenüber dem Einwande, daß die vorbehaltlose Annahme nach der Absicht des Gesetzgebers dem Besteller seine Rechte nur dann nehmen solle, wenn den Unternehmer kein Verschulden träfe, § 635 aber ein solches gerade voraussetze, die Analogie des § 464 heranzieht, und schließlich daraus, daß der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches prinzipiell das Verlangen auf Beseitigung des Mangels unter Fristsetzung vorauszugehen hat, dieses Verlangen aber durch § 640 Abs. 2 ausgeschlossen wird, also insoweit auch ein Schadensersatzanspruch nicht gestellt werden könne, den Schluß zieht, daß die Rücksicht auf die gleiche Behandlung aller

[1]) Crome II § 220, 6 b α.

[2]) v. Staudinger Bem. III d zu § 640; Oertmann Bem. 6 a zu § 640; Planck Bem. 3 b zu § 640; Crome II § 265, 5 b.

[3]) Levy S. 65.

hier in Betracht kommenden Fälle gebiete, auch dann, wenn nach § 634 Abs. 2 die Fristsetzung nicht erforderlich ist, den Schadensersatzanspruch auszuschließen.

3. Im einzelnen ist noch folgendes hervorzuheben:

a) Das Gesetz fordert Kenntnis des Mangels. Auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis (Kennenmüssen) schadet also dem Besteller nicht.

b) Der Vorbehalt muß in einer Form abgegeben werden, die erkennen läßt, daß der Besteller mit der Abnahme seine Rechte wegen des ihm bekannten Mangels nicht aufgeben will. Der Mangel wird deshalb bestimmt bezeichnet werden müssen.

c) Bei der Abnahme muß der Vorbehalt erklärt werden. Dabei muß aber berücksichtigt werden, daß dem Besteller genügend Zeit zu lassen ist, um die Bedeutung des vorhandenen Fehlers richtig würdigen und damit den Vorbehalt in ausreichender Form erklären zu können.

Schlußwort.

Wenn wir nun aus unserer Darstellung das Ergebnis ziehen sollen, so werden wir nicht mit Wittich[1]) sagen, daß der § 651 unbrauchbar und überflüssig sei; wir werden ihn auch — ohne seine Fassung als besonders glücklich bezeichnen zu wollen — nicht mit Kuhlenbeck[2]) als „ein non plus ultra der schlechtesten Gesetzgebungsmethode" ansprechen, noch weniger aber können wir ihn mit Ochß[3]) „seinem Inhalte und seiner Fassung nach feinsinnig" nennen.

Im Laufe unserer Betrachtung hat sich vielmehr gezeigt, daß der Gesetzgeber dem Wesen des Lieferungsvertrages in wichtigen Punkten nicht allenthalben gerecht geworden ist, indem er das Arbeitsmoment hier allzusehr zurückgedrängt hat. Es wäre in dieser Hinsicht wünschenswert gewesen, daß manche Vorschrift des Werkvertrages auch auf den Lieferungsvertrag für anwendbar erklärt worden wäre. — Auf die Unzulänglichkeit der Unterscheidung zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen haben wir bereits oben (§ 2) genügend hingewiesen.

Im allgemeinen ist aber anzuerkennen, daß der § 651 für die große Mehrzahl der Fälle eine befriedigende Regelung gibt, womit wenigstens das Haupterfordernis jedweder Gesetzesbestimmung erfüllt ist, die als gut bezeichnet sein will.

---

[1]) Wittich S. 285.
[2]) Kuhlenbeck S. 274.
[3]) Ochß S. 73.